Ist die quasinegatorische Unterlassungsklage auch dann zulässig, wenn die zu unterlassende Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht ist?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen.

Vorgelegt von

Gerichtsreferendar Peter Japes

aus Benolpe bei Welschenennest (Sauerland)

Approbiert am 15. Dezember 1930.

Altenhundem
Buchdruckerei Jos. Wiethoff
1931.

31:343

Ist die quasinegatorische Unterlassungsklage auch dann zulässig, wenn die zu unterlassende Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht ist?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen.

Vorgelegt von

Gerichtsreferendar Peter Japes

aus Benolpe bei Welschenennest (Sauerland)

Approbiert am 15. Dezember 1930.

Altenhundem
Buchdruckerei Jos. Wiethoff
1931.

Referent: Geh. Just. Rat Univ.-Prof. Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

„Meinen lieben Eltern!“

Literaturverzeichnis. [1]

Bartelt: Die zivilrechtliche Verfolgung der ehr- und kreditverletzenden Mitteilungen, die zur Wahrnehmung berechtigter Interessen dienen. In Gruchot's Beiträgen Bd. 69 S. 437 ff.;

Delius: Gibt es eine Klage auf Unterlassung, wenn die zu untersagende Handlung durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist? In JW. 1913 S. 6 ff.;

Dernburg: Privatrechtlicher Schutz der Ehre. In JW. 1905 S. 61 ff.

Ders.: Urheber-, Patent-, Zeichenrecht; Versicherungsrecht und Rechtsverfolgung. Halle 1910;

Drewer: Die Unterlassungsklage im Warenzeichenrecht (Ohlau i. Schles.) 1928.;

Ebermeyer-Lobe-Rosenberg: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.;

Eltzbacher: Die Unterlassungsklage. Berlin 1906.;

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Recht der Schuldverhältnisse. 11. Bearbeitung, Marburg 1930.;

Fischer: Die Unterlassungsklage. Diss. Breslau 1911.;

Flad: Von der Unterlassungsklage, insbesondere im Gebiet der unerlaubten Handlungen. In Jhering's Jahrbüchern Bd. 70 S. 337 ff.;

Fuchs: Die Verstümmelung der Unterlassungsklage. In JW. 1925 S. 30 ff.;

Gülland: In JW. 1915 Anm. 12 auf S. 811.;

Haensell: Die Besonderheiten der Unterlassungsschulden. Diss. Jena 1903;

Heck: Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929.;

Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.;

Ders.: System des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Teil. Leipzig 1912

Jacobsohn: Die Unterlassungsklage. Berlin 1912.

v. Kamecke: Inwiefern begründet im BGB. die Unterlassung eine Verpflichtung zum Schadenersatz? Diss. Göttingen 1911.;

Königsberger: Der Schadenersatz durch Naturalherstellung nach bürgerlichem Recht. Diss. Erlangen. Borna-Leipzig 1907;

Kress: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.;

Lau: Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff. BGB. In Gruchot's Beiträgen 47. Jahrg. S. 497 ff.

Lehmann, Heinr.: Die Unterlassungspflicht im bürgerl. Recht. München 1906.;

Ders.: Zu den Entscheidungen in JW. 1919 S. 721 Nr. 8 und S. 1001 Nr. 11.;

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht u. Zivilprozeß. I. Band 1912, II. Band 1916.;

Lobe: Rechtsirrtum. In LZ. 1916 S. 641 ff.;

Ders.: Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Bd. 1. Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach dem BGB und den Nebengesetzen. Leipzig 1907.;

Loewenwarter: Wegweiser durch das BGB. 10.-12. Aufl. Berlin 1929.

Mannhardt: Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten In DJZ. 1903 S. 172.;

Marx: Kausalität der Unterlassung und Schadenersatzpflicht aus Unterlassungen nach § 823 BGB. Diss. Göttingen 1909.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. 1912; 8. Aufl. 1922.;

Meyer: Kritische Streifzüge in das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Von der Unterlassungsklage. In „das Recht" 1924 S. 433 ff.;

Neukamp: Ist eine Unterlassungsklage zwecks Abwehr drohender strafbarer Handlungen zulässig? Festschrift für Zitelmann. München und Leipzig 1913.;

Ders.: Unterlassungsklage, öffentliche Strafandrohung und Wiederholungsgefahr. In JW. 1915 S. 113 ff.;

Oertmann: Grundriss des deutschen Zivilprozeßrechts. 2.–3. Aufl. Leipzig 1927.;

Ders.: Bürgerliches Gesetzbuch II. Buch 2. Abt. Das Recht der Schuldverhältnisse 5. Aufl. Berlin 1929.;

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. II. Band Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil) 4. Auflg. Berlin und Leipzig 1928.

Recken: Unterlassungsklage und öffentliche Strafandrohung in JW. 1915 S. 271 ff.

Riezler: Ersatz immateriellen Schadens auf Grund der §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB. in „das Recht" 1922 S. 166 ff.;

Rogowski: Die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverbindlichkeiten und ihre Rechtsfolge. Diss. Leipzig 1907.:

Rosenthal, Alfred: Die Unterlassungsklage. München-Berlin-Leipzig 1916.;

Ders.: Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. 6. 1909 nebst den in Betracht kommenden Bestimmungen des BGB., WZG. und HGB. 5. Aufl. Berlin 1922;6. Aufl. 1927; 7. Aufl. 1928; 8. Aufl. 1930.;

Ders.: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe. In Gruchot's Beiträgen Bd. 63 S. 715 ff.;

Ders.: Unterlassungsklage und öffentliche Strafandrohung. In LZ. 1913 S. 899 ff.;

Ders.: Unterlassungsklage, öffentliche Strafandrohung und Wiederholungsgefahr. In JW, 1915 S. 299 ff.;

Ders.: Die Unterlassungsklage und der 6. Zivilsenat des Reichsgerichts. In JW. 1925 S. 575.;

Rosenthal-Harry: Die Voraussetzungen der Unterlassungsklage. Diss. Greifswald 1918.;

Salinger: Die Unterlassungsklage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. In Gruchot's Beiträgen 1920 S. 263.;

Schmitt: Unterlassungsklage und Strafverfolgung bei unlauterem Wettbewerb. In JW. 1913 S. 669 ff.;

Schramm: Unterlassungsklage und Rechtsschutzinteresse. In DJZ. 1925 S. 1630 ff.;

Seuffert: Kommentar zur ZPO. 10. Aufl. I. Band 1907; II. Band 1908.;

Stadie: Die allgemeine Unterlassungsklage. Der heutige Stand der Kontroverse. Diss. Marburg 1922.;

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 12.–13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.;

v. Staudinger: Kommentar zum BGB. und dem Einführungsgesetze II. Band. Recht der Schuldverhältnisse 3. Teil München, Berlin und Leipzig 1929.;

Stein: Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage. Halle 1903.;

Stein-Jonas: Die ZPO. für das deutsche Reich. 14. Aufl. Tübingen 1928.;

Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 20. Aufl. Berlin und Leipzig 1930.;

Teich: Zur Frage der Klage auf Unterlassung unerlaubter Handlungen. In JW. 1914 S. 612 ff.;

Thomas: Die Ausgestaltung der quasinegatorischen Unterlassungsklagen im modernen Recht. Diss. Leipzig 1911.;

Ulrich: Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Recht. In Jhering's Jahrbüchern 64. Band S. 161 ff.;

Weinmann: Unzulässigkeit der Klage auf Unterlassung einer unter öffentliche Strafe gestellten Handlung? In JW. 1914 S. 1007 ff.;

Ders.: Unterlassungsklage trotz öffentlicher Strafandrohung? In JW. 1915 S. 212.

Benutzte Entscheidungen: RGZ. Bd. 48 S. 120; Bd. 53 S. 400; Bd. 60 S. 6; Bd. 70 S. 443; Bd. 77 S. 217; Bd. 82 S. 59; Bd. 91 S. 268; Bd. 91 S. 350; Bd. 98 S. 39; Bd. 101 S. 340; Bd. 109 S. 53; Bd. 109 S. 280: Bd. 116 S. 153; Bd. 123 S. 274; Bd. 124 S. 253.

---

1) Münch Josef: Die Unterlassungsklage, insbesondere ihre Zulässigkeit zum Schutze gegen unerlaubte und strafbare Handlungen, Diss. Würzburg 1920, war, da diese Arbeit nicht veröffentlicht worden ist, im Leihverkehr der Bibliotheken und auch sonst nicht erhältlich. Nach einer Mitteilung des Verfassers, des jetzigen Regierungsrats Dr. Josef Münch in Düsseldorf, soll jedoch die Arbeit für die vorliegende kaum verwendbar sein, da sie sich vornehmlich mit der Frage des vorbeugenden Schutzes für den Fall befaßt habe, daß eine Handlung nicht unter Strafe gestellt sei.

Inhaltsübersicht.

Ist die quasinegatorische Unterlassungsklage auch dann zulässig, wenn die zu unterlassende Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht ist?

I. Abschnitt.

A. Kurzer geschichtlicher Überblick über die Unterlassungsklage als Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes.

B. Die Arten der heute anerkannten Unterlassungsklagen.

II. Abschnitt.

A. Der augenblickliche Stand der Streitfrage.

B. Die Ansicht, die quasinegatorische Unterlassungsklage sei bei strafbaren Handlungen im allgemeinen unzulässig, weil ein genügender strafrechtlicher Schutz vorliege, ist nicht haltbar.

I. das Strafrecht bietet keinen den Interessen des Klägers genügenden Schutz.

II. Selbst wenn ein ausreichender strafrechtlicher Schutz vorläge, wäre die quasinegatorische Unterlassungsklage zulässig.

a) Es ist davon auszugehen, daß ein privatrechtlicher quasinegatorischer Unterlassungsanspruch vorliegt.

b) Dieser Anspruch ist klagbar, da auf Grund eines Rechtsschutzanspruches ein materielles Klagerecht gegeben ist.

Der Rechtsschutzanspruch ist dann vorhanden,

1) wenn der vorliegende privatrechtliche Unterlassungsanspruch ein fälliger Anspruch ist (Das ist hier nicht der Fall).

2) wenn er ausdrücklich durch eine gesetzliche Bestimmung gewährt wird (Durch § 259 ZPO.? das ist auch nicht der Fall),

3) wenn er aus dem Gesetze im Wege der Analogie zu entnehmen ist, (das trifft hier zu. § 1004 BGB.)

c) Die Klagbarkeit des vorhandenen materiellrechtlichen quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs entfällt nicht, wenn ein genügender strafrechtlicher Schutz vorhanden ist.

I. Abschnitt.

A. Kurzer geschichtlicher Überblick über die Unterlassungsklage als Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes.

Das römische Recht kannte zum Schutze des Eigentums neben der Verurteilung zur Beseitigung von erfolgten Eingriffen gegen bevorstehende Störungen die actio negatoria. In 1. 12. D. 8. 5. (Javolenus) heißt es: „Egi, ius illi non esse, tigna in parietem meum immissa habere. An et de futuris non immitendis cavendum est? Respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat." L. 7 D. 8. 5. (Paulus libro XXI ad edictum) lautet: „Harum actionum eventus hic est, ut victori officio judicis aut res praestetur, aut cautio. Res ipsa haec est, ut eum iubeat adversarium judex emendare vitium parietis, et idoneum praestare; cautio autem haec est, ut eum jubeat de reficiendo pariete cavere, neque se, neque successores suos prohibituros altius tollere sublatumque habere, et si caverit absolvatur, si vero neque rem praestet, neque cautionem, tanti condemnetur, quanti actor in litem juraverit."

Eine unmittelbare Verurteilung zur Unterlassung zukünftiger Eingriffe konnte mit der actio negatoria allerdings nicht erreicht werden. Sie gewährte aber dem Eigentümer gegen bevorstehende Eingriffe insoweit Schutz, als der beklagte Störer, wenn er nicht für den Fall der Verletzung eine gerichtlich bestimmte Strafsumme versprach, zur Zahlung einer Geldsumme, zu der litis aestimatio, verurteilt wurde. So konnte z. B. der Eigentümer bezw. der Servitutsberechtigte durch die cautio de non amplius turbando Sicherstellung gegen eine zukünftige Störung verlangen. Weiter diente die cautio damni infecti der Abwehr drohender Beeinträchtigungen. Durch diese Kaution wurde der Störer mittelbar angehalten, zukünftige Eingriffe zu unterlassen. Daß die Römer erst auf einem solchen Umwege die Beobachtung der Unterlassungspflicht erreichten, mutet nicht so sonderbar an, wenn man bedenkt, daß sie noch kein Mittel der Zwangsvollstreckung kannten, um ein auf Unterlassen lautendes Urteil zu verwirklichen. Ein solches Urteil wäre für den Kläger wertlos gewesen. Durch das Versprechen der cautio aber erreichte der Kläger gewöhnlich die Unterlassung der Eingriffe. [2])

2) Vgl. Thomas: aaO. S. 2. f.; Rosenthal-Harry: aaO. S. 10 ff.; Eltzbacher: aaO. S. 17.

Nachdem die actio negatoria von dem deutschen Recht rezipiert worden war, wurde sie im gemeinen und preußischen Rechte weiter ausgebildet. Bezüglich der Durchführung des Unterlassungsanspruchs trat an die Stelle der cautio eine an den Staat zu entrichtende Geldstrafe. [3])

In materieller Hinsicht entwickelte das preußische und gemeine Recht den Grundsatz, daß aus jedem absoluten Rechte ein Unterlassungsanspruch abzuleiten sei. [4]) Deshalb sei insbesondere der Name durch eine Unterlassungsklage zu schützen.

Die Praxis des Code civil gewährte noch einen weitergehenden Schutz. Sie entwickelte zum Schutze der verschiedenen Rechte, insbesondere auch des Persönlichkeitsrechts, eine Fülle von Unterlassungsklagen. [5])

Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch war fortschrittlich, indem es zum Schutze der auf ein Unterlassen gerichteten Forderungsrechte allgemein eine Unterlassungsklage zuließ (Eltzbacher aaO. S. 100).

B. Die Arten der heute anerkannten Unterlassungsklagen:

Aus dem im geltenden Recht anerkannten Grundsatz der Vertragsfreiheit ist zu folgern, daß es heute einen im Wege der Klage zu verfolgenden Anspruch auf Unterlassung gibt, wenn eine Unterlassungspflicht vereinbart worden ist. Weiter gewährt das geltende Recht eine Unterlassungsklage kraft folgender ausdrücklichen Vorschriften: §§ 12, 550, 557, 581, 862, 1004, 1017, 1027, 1029, 1053, 1065, 1068, 1090, 1107, 1134, 1192, 1227, BGB., § 37 HGB., §§ 1, 3, 6, 8, 10—13, 14, 16, des Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb.

Trotz Fehlens von weiteren ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen gewähren Rechtslehre [6]) und Rechtssprechung heute

3) Vgl. § 151 I. 7 ALR. Dieser lautete: „Der Richter muß den Gestörten durch Androhung verhältnismäßiger Strafen gegen den Störer und nötigenfalls durch deren wirkliche Vollstreckung gegen fernere Beeinträchtigungen schützen." (Eltzbacher S. 41).

4) Vgl. Jacobsohn: aaO. S. 75 unter III: S. 92. f.

5) Vgl Eltzbacher: aaO. S. 100.

6) Vgl. Rosenthal: Die Unterlassungsklage 1916, ferner Wettbewerbsgesetz VII. Aufl. S 16 ff.; Eltzbacher: Die Unterlassungsklage 1906 S. 90 ff.; Hellwig: Anspruch und Klagerecht S. 378 ff.; Flad: Die Unterlassungsklage, insbesondere im Gebiet der unerlaubten Handlungen (Jhering's Jahrb. Bd. 70 S. 336 ff.); Ulrich-Robert: Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Recht (Jhering's Jahrb. Bd. 64 S. 161 ff.); Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht 1906; Loewenwarter: Wegweiser durch das BGB. 1929 S. 114 ff.; v. Staudinger aaO. Vorbem. VII E 2 und die dort angeführte Literatur (S. 1759).

noch einen weitergehenden vorbeugenden Rechtschutz. Außer den auf Vertrag bezw. den auf den angeführten Gesetzen beruhenden Unterlassungsklagen, gibt es noch weitere vier [7]) Arten von Unterlassungsansprüchen.

Seit der Entscheidung des Reichsgerichts im 48. Bande S. 120, [8]) läßt das Reichsgericht die sogen. deliktische Unterlassungsklage dann zu, wenn der Beklagte schuldhaft in den Rechtskreis des Klägers eingegriffen hat und eine Wiederholung des Eingriffs zu befürchten ist. Überall da, wo kraft Gesetzes eine Schadenersatzverpflichtung oder öffentliche Strafe die Folge des Eingriffs ist, muß bei Wiederholungsgefahr auch die einfachere Form des Rechtsschutzes, die Unterlassungsklage, Platz greifen.

Das RG. sagt in Bd. 48 S. 120: „Der § 826 BGB. enthält, wenn er auch nur ausdrücklich die Schadenersatzpflicht statuiert, doch der Sache nach zugleich den Ausdruck der Verbindlichkeit zur Unterlassung." In der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 53 S. 400 heißt es: „Indem das Gesetz die Verpflichtung zu einer Unterlassung auferlegt, will es auch die Möglichkeit gewähren, den Anspruch hierauf gegen den zur Unterlassung Verpflichteten in dem auch sonst für bürgerliche Rechtsansprüche gegebenen Wege der gerichtlichen Klage zu verfolgen." Als Voraussetzung für die deliktische Unterlassungsklage wird neben der Wiederholungsgefahr der volle objektive und subjektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung verlangt.

Der ehemal. 6. Zivilsenat des Reichsgerichts hat sodann den Begriff der sogen. „wiederherstellenden Unterlassungsklage" geprägt. Diese Klage ist dann gegeben, wenn der durch eine unerlaubte Handlung geschaffene Zustand die Bedingungen einer fortdauernden oder sich erneuernden Benachteiligung gesetzt hat. Der Zwang der Unterlassung dient dann der Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne von § 249 BGB. Rosenthal [9]) hat diese Konstruktion des Reichsgerichts mit Recht stark bekämpft. Sie ist nach ihm eine begriffliche Unmöglichkeit: „Eine die Wiederherstellung des früheren Zustandes bezweckende Unterlassungsklage ist ein monströses Gebilde: Die Unterlassungsklage wendet sich begriffsnotwendig gegen zukünftige Beeinträchtigungen." Diesem Standpunkte Rosenthal's haben sich Lobe [10]) und Salinger [11]) angeschlossen. [12]) Der Versuch von

7) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 7. Aufl. S. 17 ff.;
8) Vgl. auch die Entsch. d. RG. in JW. 1896 S. 709; 1900 S. 896; 1901 S. 13 und 1903 S. 128.
9) Die Unterlassungsklage S. 52; Wettbewerbsgesetz 7. Aufl. S. 22.
10) Gewerblicher Rechtsschutz 1917 S. 22;
11) Salinger: L.Z. 1919 S. 1216; Gruchot 64 S. 266;
12) Vgl. auch Rosenthal: Die sogen. „wiederherstellende Unterlassungsklage" in L.Z. 1921 S. 741 ff.; ebenso RGRK. 1928 Anm. 6 II vor § 823 BGB.

Reichsgerichtsrat Flad in Jherings Jahrbüchern 1921 S. 336 ff. die Konstruktion des Reichsgerichts zu verteidigen, ist nicht geglückt.[13]) Er sagt auf Seite 357 f.: „Die wiederherstellende Unterlassungsklage ist als Behelf zur Beseitigung vorhandener Schadensfolgen nicht schlechthin auszuschließen. Sie setzt voraus, daß eine begangene Verletzung bleibende Folgen hinterlassen hat; sie richtet sich darauf, daß die Folgen der alten Verletzung nach Möglichkeit beseitigt werden." Diese Beseitigung hat aber nichts mit der Unterlassung zu tun.[14]) Eine Beseitigung durch Unterlassung ist begrifflich nicht möglich[15]) Die Beseitigung ist entweder durch eine Schadenersatzklage oder eine sogen. Beseitigungsklage zu erreichen. Diese Beseitigungsklage beruht auf denselben gesetzlichen Bestimmungen und rechtlichen Erwägungen wie die Unterlassungsklage.[16]) Sie stellt sich aber niemals dar als eine Unterlassungsklage. Das geht schon daraus hervor, daß die Voraussetzungen bei beiden Klagen verschieden sind. Die Beseitigungsklage setzt voraus, daß die begangene Verletzung einen rechtswidrigen Zustand geschaffen hat, die Unterlassungsklage nicht. Während weiter bei dem Unterlassungsanspruch eine Wiederholungsgefahr vorliegen muß, ist diese bei der Beseitigungsklage nicht zu fordern, da diese Forderung dem Wesen der Beseitigungsklage widerspricht. Die Beseitigungsklage richtet sich eben auf einen bereits erfolgten Eingriff, während die Unterlassungsklage einen bevorstehenden Eingriff bekämpft. Selbst von Mitgliedern des ehem. 6. Zivilsenats des Reichsgerichts, der den Begriff der „wiederherstellenden Unterlassungsklage" geprägt hat, ist sie preisgegeben worden. Reichsgerichtsrat Meyer[17]) nennt sie ein künstliches und gequältes Gebilde, das man nicht notwendig habe.

Die 3. Art der Unterlassungsklage ist die actio negatoria. Sie ist dann gegeben, wenn durch einen objektiv widerrechtlichen Eingriff ein absolutes Recht verletzt wird und eine Wiederholungsgefahr besteht. Zu den absoluten Rechten gehört auch das geistige und gewerbliche Eigentum. Daraus erklärt sich auch die Zulässigkeit der Unterlassungsklage zum Schutz gegen Eingriffe in Patent-, Warenzeichen-, Gebrauchs- und Geschmackmusterrechte. Diese reine actio negatoria unterscheidet sich von der deliktischen Unterlassungsklage dadurch, daß sie ein Verschulden als Voraussetzung

S. 545; ferner Anm. 7 zu § 1004 BGB. S. 335; Schramm: DJZ. 1925 S. 1630; A.M. Ulrich: aaO. S. 244 ff. und Oertmann: Vorbem. 4 zu § 823 BGB.

13) Vgl. Loewenwarter: aaO. S. 116.
14) Vgl. Eltzbacher: aaO. S. 215 f
15) Vgl. Enneccerus: aaO. § 242 I 4 S. 774 (11. Bearbeitung).
16) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 7. Aufl. S. 75 ff.
17) „Das Recht" 1924 S. 436.

nicht verlangt[18]) und nur absolute Rechte schützt. Seine gesetzliche Grundlage findet dieser Anspruch in den §§ 1004, 862 und 12 BGB. in Verbindung mit dem § 823 Abs. 1 BGB.[19])

Im Wege der analogen Anwendung der §§ 12, 862 und 1004 bezw. 823 ff. BGB. hat die Rechtssprechung in dem Bestreben nach einem verstärkten vorbeugenden Rechtsschutz noch eine vierte Art der Unterlassungsklage, die sogen. actio quasi negatoria geschaffen. Ihre Voraussetzungen sind ein objektiv rechtswidriger Eingriff in irgendein geschütztes Rechtsgut und die Besorgnis der Wiederholung.[20]) Schutzgegenstand sind neben den absoluten Rechten insbesondere die in § 824 BGB. genannten Interessen, nämlich Kredit, Erwerb und Fortkommen. Auch gehören die durch Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. geschützten Rechtsgüter hierher.[21]) Die deliktische Unterlassungsklage ist durch die actio quasi negatoria überholt. Dadurch, daß diese quasinegatorische Unterlassungsklage kein Verschulden als Voraussetzung verlangt, unterscheidet sie sich von der deliktischen Unterlassungsklage, und dadurch, daß sie auch jedes persönliche Rechtsgut schützt, weist sie einen Unterschied von der actio negatoria auf.

Die actio quasi negatoria gewährte das Reichsgericht zum ersten Male im Jahre 1905 in Bd. 60 S. 6 als Ergänzung der Schadenersatzklage. In dieser Entscheidung heisst es: „Dem durch einen widerrechtlichen Eingriff in ein durch das Gesetz geschütztes Rechtsgut Betroffenen steht eine actio quasi negatoria zu, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Der Anspruch auf Unterlassung der Vornahme von Handlungen beschränkt sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu besorgen sind. Das Schuldmoment kommt bei einer solchen Klage nicht in Betracht, ebensowenig die Wahrnehmung berechtigter Interessen." Mit der Zulassung der actio quasi negatoria wird der in den §§ 12, 862, 1004 BGB. enthaltene Rechtsgedanke, der auch schon auf dem Gebiete des Gewerberechtsschutzes, insbesondere des unlauteren Wettbewerbs, zur ausdrücklichen Gewährung des Unterlassungsanspruchs geführt hat, in Anerkennung eines Verkehrsbedürfnisses über den Kreis der

18) Vgl. Flad in Jhering's Jahrbüchern Bd. 70 S. 367
19) Vgl. RGRK. 1928 Anm. 6 vor § 823 BGB.
20) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl. S. 17 f.; ferner die Unterlassungsklage 1916 S. 38 F.; Enneccerus: aaO. § 242 I 2 S. 772 (11. Bearbeitung) a M Oertmann: aaO. Vorbem. 4 zu § 823 BGB ; v. Staudinger: aaO. Vorbem. VII E 2 S. 1759.
21) Vgl. Flad: aaO. S. 375 f.; Rosenthal: Die Unterlassungsklage S. 38 RGRK. 1928 Anm. 6 I vor § 823 S. 546.

absoluten Rechte hinaus ausgedehnt auf den Schutz sonstiger Rechtsgüter gegen Wiederholung rechtswidriger Eingriffe. Der in seinen Interessen Verletzte soll nicht darauf beschränkt sein, wegen der bereits erfolgten oder noch zu erwartenden Rechtsverletzung Schadensersatzansprüche geltend zu machen, die ein Verschulden zur Voraussetzung haben und oft schwer durchführbar sind, sondern die Gerechtigkeit verlangt, daß der Angegriffene ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Verletzers gegen Fortsetzung der widerrechtlichen Eingriffe geschützt wird" (RGZ. Bd. 116 S. 153).[22])

II. Abschnitt.

A. Der augenblickliche Stand der Streitfrage.

Der durch die Schöpfung der allgemeinen vorbeugenden Unterlassungsklage (actio quasi negatoria) begründete verheißungsvolle Ausblick auf dem Gebiete des durch das Gesetz nur notdürftig behandelten vorbeugenden Rechtsschutzes wurde im Jahre 1911 durch die Entscheidung des ehem. 6. Zivilsenats des Reichsgerichts im 77. Bd. S. 217[23]) jäh getrübt. In dieser Entscheidung stellt das Reichsgericht den bedeutungsvollen Satz auf, daß „im allgemeinen überall da, wo die Handlung, auf deren Unterlassung geklagt wird, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist, für eine weitere zivilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis und kein Raum ist," d. h. die Unterlassungsklage ist grundsätzlich abzuweisen, wenn die zu untersagende Handlung strafbar ist. An diesem Grundsatz hat der ehemalige 6. Zivilsenat trotz heftigster Angriffe hartnäckig festgehalten.[24]) Erst seit der Auflösung des 6. Zivilsenats am 1. Dezember 1923[25]) war der Weg zur Forträumung dieser Einschränkung der Unterlassungsklage wieder frei. Im Jahre 1927 hat dann auch der 2. Zivilsenat des Reichsgerichts, der bereits bei einer früheren Entscheidung[26]) vom 23. 10. 1914 die quasinegatorische Unterlassungsklage bei einer strafbaren Handlung, ohne allerdings auf die Streitfrage einzugehen, zuließ, in der in Bd. 116 S. 151 veröffentlichten Entscheidung eindeutig ausgesprochen, daß die allgemeine vorbeugende Unterlassungsklage auch dann zulässig ist, wenn die zu untersagende Handlung unter öffentliche Strafe gestellt ist. Durch diese Entscheidung ist jedoch die Streitfrage nicht endgültig und befriedigend gelöst, da sich die Entscheidung in Bd. 116 S. 151 infolge der Auflösung

22) Vgl. auch RGZ. Bd. 109 S. 53; ferner: KG. in JW. 1920 S. 443; Flad; in Jhering's Jahrbüchern Bd. 70 S. 379; Eltzbacher: aaO. S. 173 ff;
23) Abgedr. in JW. 1911 S. 981.
24) Vgl. die Entscheidung des RG in Bd. 82 S. 59, Bd. 88 S. 130, Bd. 91 S. 265, S. 350; Bd. 95 S. 268, S. 339; Bd. 98 S. 36; Bd 123 S. 274; JW. 1912 S. 587 Nr. 7; JW. 1913 S. 34 Nr. 23;
25) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl. S. 54.
26) Vgl. JW. 1915 S. 29.

des 6. Zivilsenats nicht als eine Änderung der Ansicht der ehemaligen Mitglieder des 6. Zivilsenats darstellt, und da ferner der heutige 6. Zivilsenat des Reichsgerichts in seiner Entscheidung vom 13. Mai 1919 (Bd. 124 S. 253) nicht den Mut hat, der Ansicht des 2. Zivilsenats beizupflichten, sondern die Streitfrage ausdrücklich offen läßt. Dasselbe gilt von den Entscheidungen des Reichsgerichts in JW. 1927 S. 2422 (4. Zivilsenat) und in Bd. 123 S. 274. Der Standpunkt des 2. Zivilsenats ist deshalb nicht einmal bei dem Reichsgericht völlig gesichert.[27]) Ob die Ansicht des ehemaligen 6. Zivilsenats endgültig aufgegeben ist, beibt daher abzuwarten.[28])

In Literatur und Rechtssprechung herrscht Einigkeit darüber, daß die auf einer Parteivereinbarung und die auf ausdrücklichen Gesetzesvorschriften beruhende Unterlassungsklage sowie die actio negatoria zum Schutze absoluter Rechte[29]) ohne Rücksicht auf eine öffentliche Strafandrohung unbeschränkt zulässig ist. Dasselbe gilt von der deliktischen und der wiederherstellenden Unterlassungsklage,[30]) soweit man überhaupt ihre Konstruktion zuläßt.

Bei Aufstellung des Grundsatzes, eine Unterlassungsklage sei im allgemeinen bei strafbaren Handlungen nicht gegeben, ist sich das Reichsgericht offenbar selbst nicht über die Grenzen des ihm zugedachten Geltungsbereiches klar gewesen. Der damals erkennende 6. Zivilsenat des Reichsgerichts hat „im Recht" 1914 Nr. 37 nämlich erklärt, daß der in Bd. 77 S. 217 von ihm aufgestellte Grundsatz für die quasinegatorische Unterlassungsklage nicht in Betracht käme. Es heißt dort wörtlich: „Jene Entscheidung (RG. Bd. 77 S. 217) betraf eine auf Wiederherstellung gerichtete Unterlassungsklage. Von der einen bloß objektiv widerrechtlichen Eingriff voraussetzenden quasinegatorischen (vorbeugenden) Unterlassungsklage handelt jenes Urteil nicht; sie sollte weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden." Derselbe Senat erklärt aber in Bd. 91 S. 268 und S. 354, daß der in Bd. 77 S. 217 aufgestellte Grundsatz nur für die quasinegatorische nicht auch für die wiederherstellende Unterlassungsklage Geltung habe. Hier tritt also ein offensichtlicher Widerspruch zu Tage, der insofern zu beklagen ist, als er eine Verwirrung bei den unteren Gerichten hervorzurufen geeignet war. Im übrigen aber kann aus der Tatsache eines solchen Widerspruches noch nicht

27) Vgl. Enneccerus: aaO. Anm. 17 zu § 242 S. 774.
28) Vgl. Bartelt: aaO. S. 461.
29) Vgl. Ulrich: aaO. S. 258.
30) Vgl. Flad: aaO. S. 374; Schramm: (DJZ. 1925 S. 1630) hält jedoch die Frage ob die „wiederherstellende" Unterlassungsklage neben einer öffentlichen Strafnorm zulässig ist, für noch nicht geklärt.

geschlossen werden, daß der von dem 6. Zivilsenat aufgestellte Grundsatz unhaltbar ist. Man muß die reichsgerichtliche Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der allmählichen Weiterentwicklung des Rechts auf dem heiß umstrittenen Gebiete der Unterlassungsklage würdigen. Die heute vorliegende von der Rechtsprechung ausgebildete Unterlassungsklage war nach Inhalt und Begrenzung nicht von Anfang an dieselbe. Erst langsam ist sie zu der heutigen Klärung gebracht worden. Neue juristische Gedanken reifen nur langsam und setzen sich im Kampfe der Meinungen nur mühsam durch und erfahren dabei nicht selten manche Veränderung und Umbildung.[31]) Das gilt im besonderen Maße von der Unterlassungsklage. Von dieser Erwägung ausgehend, wird man in der oben angeführten sich entgegenstehenden Darlegungen des 6. Zivilsenats des Reichsgerichts nicht so sehr einen Widerspruch erblicken als vielmehr eine bedeutungsvolle Weiterentwicklung der Frage nach der Zulässigkeit einer Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen. Diese Entwicklung hat der ehemalige 6. Zivilsenat dahin geführt, daß die wiederherstellende Unterlassungsklage aus dem Bereich der Streitfrage ausgeschieden ist. Es ist heute unbestritten, daß sie auch dann zulässig ist, wenn eine öffentliche Strafandrohung besteht, da sich diese Klage auf § 249 BGB. stützt und dieser Paragraph irgendwelche Besonderheiten für unter Strafe gestellte Handlungen nicht enthält.[32]) Da deshalb über die Zulässigkeit der wiederherstellenden Unterlassungsklage bei strafbaren Eingriffen kein Streit mehr herrscht, erübrigt es sich, auf die vermittelnde Ansicht Ulrich's[33]) der diese Klage nach der Art des einzelnen Falles entweder für zulässig oder für unzulässig hält, näher einzugehen. Die Frage, ob die Unterlassungsklage auch bei strafbaren Handlungen zulässig ist, hat heute nur noch Bedeutung für die actio quasi negatoria.[34]) Die Frage ist umso bedeutungsvoller, als gerade diese Klage einen weit ausgedehnten Anwendungsbereich hat.

Bis zu der reichsgerichtlichen Entscheidung in Bd. 77 S. 217 vom 28. September 1911 ist außer Lau[35]) niemand auf den Gedanken gekommen, der öffentlichen Strafandrohung eine Bedeutung für die Zulässigkeit der allgemeinen Unterlassungsklage zuzuschreiben. In der angeführten Abhandlung von Lau, auf die sich das Reichsgericht in seiner Entscheidung (Bd. 77 S. 217)

31) Vgl. Flad: aaO. S. 380.
32) Vgl. Flad: aaO. S. 374; Recken: JW. 1920 S. 272;
33) Ulrich: aaO. S. 259 f.
34) Vgl. Flad: aaO. S. 369; Bartelt: aaO. S. 460; Staub: aaO. Anm. 13 c Anh. zu § 346; Neukamp: JW. 1915 S. 113 ff.; Finger: JW. 1919 S. 564.
35) Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff. BGB (Gruchot's Beiträge 47. Jahrgang S. 503 f)

beruft, heißt es: „Wo die Wiederholung der Handlung als eine gesetzlich verbotene bereits mit krimineller Strafe bedroht ist, bedarf es keiner weiteren zivilrechtlichen Strafandrohung, um das bedrohte Rechtsgut als geschützt erscheinen zu lassen." Weil also ein Rechtsschutzbedürfnis nicht besteht, ist hiernach die Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen abzuweisen. Während das Reichsgericht in Bd. 77 S. 217 die Frage, ob auch bei Antragsdelikten und solchen strafbaren Handlungen, die im Wege der Privatklage zu verfolgen sind, der Zivilrechtsschutz zu versagen ist, offen läßt, hat es in späteren Erkenntnissen (Bd. 82 S. 59; Bd. 91 S. 350, 354) diese Frage bejaht. Nur in besonders gearteten Fällen ist nach ihm bei strafbaren Handlungen eine Unterlassungsklage gegeben, z. B. dann, wenn die Strafverfolgung verjährt oder die Antragsfrist abgelaufen ist,[36]) wenn sich der Täter im Ausland aufhält,[37]) oder entmündigt ist,[38]) wenn also der Strafverfolgung Hindernisse im Wege stehen, oder wenn sie einen ausreichenden Schutz gegen die hartnäckige Wiederholung des Angriffs nicht bietet.[39]) Hierdurch zwingt das Reichsgericht den Kläger, zur Begründung der Klage näher darzulegen, aus welchen Gründen die öffentliche Strafandrohung ihm keinen genügenden Schutz gewährt.[40]) Dieser Beweis wird in der Mehrzahl der Fälle sehr schwierig sein. Im Folgenden soll nun dargelegt werden, daß der von dem ehemaligen 6. Zivilsenat des Reichsgerichts aufgestellte Grundsatz falsch ist.

B. Die Ansicht, die quasinegatorische Unterlassungsklage sei bei strafbaren Handlungen im allgemeinen unzulässig, weil ein genügender strafrechtlicher Schutz vorliege, ist nicht haltbar.

I. Das Strafrecht bietet keinen den Interessen des Klägers genügenden Schutz.

Die Voraussetzung, auf welcher der Grundsatz aufgebaut ist, ist bereits falsch. Im allgemeinen liegt nämlich ein den Interessen des Klägers genügender strafrechtlicher Schutz nicht vor. Den vom Staate verfolgten Strafzwecken mag er genügen. Diese Frage steht hier jedoch nicht zur Erörterung. Der durch das Strafrecht gewährte mittelbare Schutz ist für den die quasinegatorische

36) Vgl. RGZ. Bd. 91 S. 355.
37) Vgl. RGZ. Bd. 82 S. 64.
38) Vgl. RGZ. Bd. 109 S. 280.
39) Vgl. RGZ. Bd. 82 S. 64.
40) Vgl. Flad: aaO. S. 370.

Unterlassungsklage erhebenden einzelnen Staatsbürger nur dann ausreichend, wenn er das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers zum mindesten in demselben Maße befriedigt, wie es durch die quasinegatorische Unterlassungsklage geschieht.

Im allgemeinen aber, ja nie gewährt das Strafrecht denselben Grad von Schutz wie die quasinegatorische Unterlassungsklage. Das soll im Folgenden zunächst dargetan werden.

In einzelnen besonderen Fällen wird auch von dem ehemaligen 6. Zivilsenat des Reichsgerichts anerkannt, daß der strafrechtliche Schutz nicht ausreicht, so z. B. wenn der staatliche Strafanspruch verjährt, die Antragsfrist abgelaufen, der Täter geisteskrank oder entmündigt ist, oder sich im Auslande aufhält,[41]) oder wenn der Kläger nachweist, daß dem Beklagten der Schutz des § 193 des Strafgesetzbuchs zur Seite steht. In diesen Fällen ist es offensichtlich, daß der strafrechtliche Schutz nicht ausreicht. Aber auch sonst genügt er nicht.

Die öffentliche Strafandrohung übt nicht dieselbe Wirkung aus wie die zivilrechtliche. Selbst wenn die öffentliche Strafe sehr hoch ist, schreckt sie meistens nicht genügend ab. Auf Ihre abschreckende Wirkung aber kommt es im Verhältnis zu der Unterlassungsklage allein an; daß sie trotz ihrer Höhe nicht genügend wirkt, liegt vielfach daran, daß der Täter die Höhe der angedrohten Strafe, oft auch ihre Existenz nicht kennt. Ein weiterer Grund ist der, daß der Strafrichter, dessen Augenmerk vornehmlich auf das der Sühne entsprechende Strafmaß gerichtet ist, vielfach sehr milde Strafen verhängt, während der Zivilrichter, der lediglich die Verhinderung des widerrechtlichen Eingriffs im Auge hat, bei derselben Straftat und denselben Umständen meist höhere Strafen androht. Das ist insbesondere der Fall bei Straftaten, die durch polizeiliche Strafverfügungen verfolgt werden können, da diese Zuwiderhandlungen mit sehr geringer öffentlicher Strafe bedroht sind.[42]) Es ist äußerst selten, daß der Strafrichter den Angeklagten zu der höchstzulässigen Strafe verurteilt, dagegen bedauert er oft, daß die geringst zulässige Strafe so hoch sei. Oft auch kommt es nicht einmal zu einer Anklageerhebung, sei es, daß die Anklagebehörde von der Straftat nichts erfährt, sei es, daß ein Antrag nicht gestellt, bezw. eine Privatklage nicht erhoben wird. Den Verletzten durch Versagung der Unterlassungsklage dazu zu zwingen, ist unfein, da es ihm ja nicht auf eine Bestrafung wegen des begangenen Deliktes, sondern auf die Verhütung einer zukünftigen Tat ankommt.[43]) Manchem Kläger

41) Vgl. oben S. 9
42) Vgl. Delius: JW. 1913 S. 8
43) Vgl. Schmitt: JW. 1913 S. 669.

ist es auch zuwider, den Weg der Denunziation zu beschreiten; das ist insbesondere der Fall, wenn es sich um Angehörige handelt. So kann der Kläger durch Versagung des zivilrechtlichen Schutzes der Unterlassungsklage völlig schutzlos gestellt werden.[44]) Das ist z. B. der Fall, wenn der Ehegatte des Klägers diesen zu Unrecht des Ehebruchs bezichtigt hat, Wiederholungsgefahr besteht, und der Kläger den Ehegatten mit Rücksicht auf ihn, sich selbst, die gemeinschaftlichen Kinder und die beiderseitigen Verwandten unter allen Umständen vor einer Privat- oder Ehescheidungsklage bewahren will.

Da der Täter meist mit dem milden Urteil des Strafrichters bezw. mit der vornehmen Gesinnung oder der Abneigung des Verletzten gegen eine Anzeige bezw. Privatklageerhebung rechnet, schreckt ihn die öffentliche Strafandrohung wenig ab. Zudem hofft fast jeder, der die Strafgesetze übertreten will, daß er der Hand des Strafrichters auf irgend eine Weise schon unbemerkt entschlüpfen werde.[45]

Die zivilrechtliche Strafandrohung wirkt dagegen immer besser. In den Fällen, in denen die öffentliche Strafe wegen ihrer niedrigen Höhe und ihrer milden Handhabung durch den Strafrichter versagt, ist die Wirkung der zivilrechtlichen Strafandrohung deshalb nachhaltiger, weil der Zivilrichter meist höhere Strafen androht in diesen und allen anderen Fällen, wo die öffentliche Strafe höher ist als die, welche nach § 890 ZPO. verhängt werden kann, deshalb, weil sich die zivilrechtliche Strafandrohung nicht wie die strafrechtliche an die Allgemeinheit richtet, sondern an den genau bestimmten Beklagten. Schon die Strafandrohung wird seinem bisherigen Verhalten, seinen Verhältnissen und dem Grad seiner Neigung zur weiteren Begehung der Straftat angepaßt. Das ist insbesondere von Vorteil bei vermögenden Tätern, die durch Geldstrafen nicht so leicht von ferneren Eingriffen abgehalten werden.[46]) Der Zivilrichter wird solchen Beklagten immer eine Haftstrafe androhen, während der Strafrichter mit Rücksicht auf die Leichtigkeit der Straftat vielleicht schon eine verhältnismäßig geringe Geldstrafe als ausreichende Sühne betrachtet. Durch die so den Verhältnissen des Beklagten angepaßte zivilrechtliche Strafandrohung wird dem Beklagten die Widerrechtlichkeit seines Handelns viel eindringlicher zum Bewußtsein gebracht.[47]) Wegen dieser persönlichen Wirkung der zivilrechtlichen Strafandrohung ist deshalb sehr wohl „ernstlich anzunehmen, daß, wer sich z. B.

44) Vgl. Teich: JW. 1914 S. 613.
45) Vgl. Endemann: JW. 1927 S. 1999.
46) Vgl. Delius: JW. 1913 S. 8.
47) Vgl. OLGE. Dresden JW. 1921 S. 761. Finger: JW. 1919 S. 564. OLG. Hamburg: JW. 1921 S. 177.

durch die gesetzliche Androhung einer Gefängnisstrafe bis zu 2 Jahren oder einer Geldstrafe bis zu 1500 R-Mark von tätlichen Beleidigungen nicht zurückhalten läßt (§ 185 StGB.), auf Grund einer ihm seitens des Zivilrichters gem. § 890 ZPO. angedrohten Geldstrafe bis zu 1500 RM. oder einer Haftstrafe bis zu 6 Monaten von der Begehung einer solchen abschrecken lassen wird."[48]) Daß die öffentliche Strafandrohung nicht genügt hat, beweist die erfolgte Zuwiderhandlung.[49]) Ob nun auch die zivilrechtliche Strafandrohung versagen wird, bleibt noch abzuwarten. Auf keinen Fall darf aus der Tatsache, daß die höhere öffentliche Strafe die Verhinderung der Straftat nicht bewirkt hat, schon gefolgert werden, daß auch die geringere aber nach anderen psychologischen Gesetzen wirkende zivilrechtliche Strafandrohung ebenfalls versagen wird.

Der Zivilrichter droht sodann die Strafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung an, während im Strafverfahren bei einer fortgesetzten Handlung nur eine einzige Strafe verhängt werden kann.[50])

Überhaupt bietet das Zivilverfahren dem Kläger vor dem Strafverfahren mehr Vorteile und dadurch besonderen Schutz. Zunächst ist der Kläger nicht von der Auffassung der Staatsanwälte abhängig.[51]) Er selbst bestimmt Beginn und Gegenstand des Zivilverfahrens. Sodann ermöglicht der Zivilprozeß eine bessere Klarstellung des Falles, worauf es dem Kläger besonders ankommt.[52]) Wenn Zeugen und andere Beweismittel nicht vorhanden sind oder versagen, so gibt es im Zivilprozeß noch die Möglichkeit, dem Beklagten den Eid zuzuschieben oder den richterlichen Eid zu erbitten. Von besonderer Bedeutung ist die Möglichkeit besserer Klarstellung bei Klagen auf Unterlassung übler Nachreden. Wenn im Straf- bezw. Privatklageverfahren der Angeklagte behauptet, er habe in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt, welche Behauptung in fast jeder Beleidigungssache aufgestellt wird, so beschränkt sich das Gericht auf die Feststellung dieser Behauptung und tritt, wenn tatsächlich Wahrnehmung berechtigter Interessen vorliegt, gar nicht erst in die Prüfung der Frage ein, ob der Angeklagte beleidigt hat oder nicht. Die Klarstellung dieser Frage erreicht der Kläger aber regelmäßig im Zivilverfahren. Behauptet dort der Beklagte, er habe in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt und trifft das zu, so muß er für die Zukunft

48) Vgl. Neukamp: Festschrift S. 25.
49) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl. S. 54; Enneccerus: aaO. (11. Bearbeitung) § 242 I 3 S. 773.
50) Vgl. Schmitt: JW. 1913 S. 669
51) Vgl. Endemann: JW. 1927 S. 1999.
52) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl. S. 59.

jene beleidigende Äußerung doch unterlassen, wenn die Unwahrheit der behaupteten Tatsache erwiesen wird.[53]) Das Gericht ist deshalb, um über den Klageantrag entscheiden zu können, gezwungen, zu prüfen, ob eine Beleidigung vorliegt oder nicht, ganz gleichgültig, ob der Beklagte in Wahrnehmung berechtiger Interessen gehandelt hat.

Im Zivilverfahren gibt es sodann die Möglichkeit, in dringenden Fällen eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Hierdurch wird insbesondere gegen bereits vorbereitete Beleidigungen so z. B. gegen die angedrohte Verbreitung von beleidigenden Druckschriften ein wirksamer zivilrechtlicher Schutz gewährleistet. Unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 77 S. 217 haben viele Gerichte den Erlaß einer einstweiligen Verfügung abgelehnt mit der Begründung daß, wenn eine Unterlassungsklage mit Rücksicht auf die Strafbarkeit der zu untersagenden Handlung nicht zulässig sei, auch eine einstweilige Verfügung nicht erlassen werden dürfe.[54]) Auf solche Weise wird ein wirksamer und schneller Rechtsschutz vereitelt. Der meist verspätet einsetzende strafrechtliche Schutz ist nicht mehr geeignet, die Schäden wieder gut zu machen und einen Ersatz für den Unterlassungsanspruch zu bieten[55]) „Die strafrechtliche Verurteilung kann bei Beleidigung durchweg nicht entfernt so schnell erfolgen, daß sie als Abhilfsmittel gegen drohende weitere Ehrverletzung überhaupt noch in Betracht käme."[56]) Durch die Versagung der Unterlassungsklage und damit auch der einstweiligen Verfügung wird insbesondere der Ehre jeder Zivilrechtsschutz verweigert, mit Ausnahme der nur mittelbar schützenden Rechtsbehelfe der §§ 824, 825, 826 und 1300 BGB. Ein vorbeugender Rechtsschutz des höchsten Gutes, das der Mensch besitzt, wird völlig vereitelt. Dies ist um so bedauernswerter, als gerade in Deutschland der gute Ruf der Staatsbürger strafrechtlich so schlecht geschützt wird. Dernburg sagt mit Recht in JW. 1905 S. 161: „Die Ehre ist wichtiger als Vermögensansprüche, denn verlorenes Vermögen kann wieder ersetzt werden. Ist die Ehre einmal verloren, so kann sie niemals völlig wieder hergestellt werden." Auch heute gilt noch der Satz: „Semper aliquid haeret." Gerade zum Schutze der Ehre ist deshalb die Verhinderung jeder Ehrverletzung zu begünstigen, wozu die Unterlassungsklage mit der einstweiligen Verfügung der bessere Rechtsbehelf ist. Anstatt den Ehrenschutz aber weiter auszubauen, hat der 6. Zivilsenat ihn beschränkt. Der Hinweis

53) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 7. Aufl. S. 37; JW. 1925 S. 1393; ferner RGZ. Bd. 95 S. 339.
54) Vgl. OLG. Hamburg in LZ. 1920 S. 534.
55) Vgl. RGZ. Bd. 116. S. 155; Levie: JW. 1928 S 3031.
56) Vgl. Matthiessen: JW. 1925 S. 1998; OLG. Dresden JW. 1921 S. 761.

des Zivilrichters auf die Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgung wirkt wie eine Verhöhnung des Klägers.[57]) „Tatsächlich wird dem Beleidigten nicht selten durch die strafprozessuale Privatklage nur in unzureichender Weise gedient. Es ist bekannt, daß er insbesondere auf Grund des § 193 StGB. bei diesem Verfahren oft in die Rolle eines Angeklagten gedrängt wird, so daß er leicht, mit Schmutz beladen, den Gerichtssaal verläßt."[58]) Vermag der Privatkläger mit den mangelhaften Beweismitteln des Strafverfahrens einen lückenlosen Beweis nicht zu führen, so wird die Privatklage abgewiesen und der Angeklagte freigesprochen. Neben dem Schaden hat der Kläger dann noch den Spott.[59])

Weiter ist zu berücksichtigen, daß derjenige, der den Privatklageweg beschreitet, damit zugleich auch ein Urteil über sich selbst heraufbeschwört; denn in der Höhe der gegen den Angeklagten verhängten Strafe kommt zugleich auch zum Ausdruck, wie das Gericht die Ehre des Klägers bewertet. Bei der weiten Verbreitung der Meinung, daß unser Strafrecht die Ehre des Einzelnen nur in unzureichendem Maße schützt, ist es deshalb nur natürlich, daß viele einer solchen Wertung ihrer Ehre aus dem Wege gehen.[60])

Das Zivilverfahren gibt weiterhin die im Strafrecht fehlende Möglichkeit, eine juristische Person auf Unterlassung strafbarer Handlungen zu verklagen. Durch Versagung der Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen würden die juristischen Personen ohne Grund privilegiert, da sie nicht bestraft werden können.[61])

Für die Beurteilung der Frage, ob die quasinegatorische Unterlassungsklage einen besseren Schutz gewährleistet als das Strafrecht, ist weiter der Umstand von ausschlaggebender Bedeutung, daß im Strafrecht untersucht werden muß, ob die subjektiven Tatbestandsmerkmale vorliegen und ob die Strafbarkeit nicht durch besondere dem Strafrecht eigentümliche Gründe ausgeschlossen wird. Gerade weil es oft an einem subjektiven Erfordernis mangelt, muß der Angeklagte freigesprochen werden. Es kommt hinzu, daß die Prüfung der subjektiven Tatseite oft recht lange dauert. Bei der quasinegatorischen Unterlassungsklage dagegen erübrigt sich die Prüfung der Schuldfrage, da ein objektiv widerrechtlicher Eingriff bereits den Unterlassungsanspruch auslöst. Auf ein Verschulden kommt es nicht an.[62])

57) Vgl. Rosenthal: JW. 1920 S. 245.
58) So Dernburg in JW. 1905 S. 161.
59) Vgl. Teich: JW. 1914 S. 613.
60) Vgl. Teich: JW. 1914 S. 613; ferner Königsberger: aaO. S. 34.
61) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl. S. 58.
62) Vgl. Endemann: JW. 1927 S 1999; vgl. oben S. 5.

Die vorstehenden Gründe kommen für jede öffentliche Strafandrohung und für jeden Strafprozeß in Betracht. Deshalb kann das Strafrecht, das wegen dieser Gründe gröbere Rechtsbehelfe als das Zivilrecht gewährt,[63]) nicht nur in bestimmten Ausnahmefällen,[64]) sondern nie denselben vorbeugenden Schutz bieten wie die quasinegatorische Unterlassungsklage. Das vorhandene Rechtsschutzbedürfnis des Klägers wird also durch das Strafrecht nicht ausreichend befriedigt. Da deshalb die dem Grundsatz, daß die quasinegatorische Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen nicht zulässig sei, zugrunde liegende Voraussetzung falsch ist, ist der Grundsatz selbst auch nicht haltbar, d. h. die quasinegatorische Unterlassungsklage ist auch dann zulässig, wenn die zu untersagende Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht ist.

B. II. Selbst wenn ein ausreichender strafrechtlicher Schutz vorläge, wäre die quasinegatorische Unterlassungsklage zulässig.

a) Es ist davon auszugehen, daß ein privatrechtlicher quasinegatorischer Unterlassungsanspruch vorliegt.

Es ist nicht zu verkennen, daß der vom Reichsgericht in Bd. 77 S. 217 aufgestellte Grundsatz, die Unterlassungsklage sei bei strafbaren Handlungen im allgemeinen unzulässig, im ersten Augenblick für sich einnimmt, insbesondere dann, wenn man berücksichtigt, daß das Reichsgericht die quasinegatorische Unterlassungsklage wegen eines dringenden Bedürfnisses geschaffen hat. Wenn nämlich ein genügender gesetzlicher Schutz bereits vorhanden ist, wäre es mit Rücksicht darauf, daß die quasinegatorische Unterlassungsklage wegen eines besonderen Bedürfnisses geschaffen worden ist, nicht folgerichtig, noch einen zweiten Weg zum Schutze des bereits genügend geschützten Rechtsgutes zu eröffnen.[65]) Dieser Gesichtspunkt muß aber bei der Beurteilung der Streitfrage völlig ausscheiden. Es ist nämlich nicht davon auszugehen, welches das Motiv der Rechtssprechung war, als sie die quasinegatorische Unterlassungsklage schuf, sondern von der Tatsache, daß ein Unterlassungsanspruch, wie von Literatur und Rechtsprechung anerkannt wird,[66]) vorhanden ist, wenn ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in ein Rechtsgut und eine Wiederholungsgefahr

63) Vgl. Endemann: JW. 1927 S. 1999; vgl. Krückmann: JW. 1921 S. 177.
64) Vgl. oben S. 10.
65) Vgl. Flad: aaO. S. 374.
66) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl. S. 17; Enneccerus: aaO. 11. Bearbeitung § 242 I 2 S. 772; Eltzbacher: aaO. S. 90 ff.

vorliegt. Diese sind die alleinigen materiellen Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs, die im Wege der Analogie den §§ 12, 862, 1004, BGB. entnommen werden. Weitere materielle Erfordernisse kennt der quasinegatorische Anspruch nicht. Insbesondere ist nicht anzuerkennen, daß das Vorhandensein eines Rechtsschutzbedürfnisses zur Entstehung des Unterlassungsanspruchs notwendig ist,[67]) da die materielle Grundlage des Anspruchs durch die §§ 12, 862, 1004 BGB. genau umschrieben ist. Bei der echten actio negatoria verlangt niemand, auch das Reichsgericht nicht, daß das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses den Anspruch bedingt. Wollte man aber dieses Erfordernis im Wege analoger Rechtsauslegung bei dem quasinegatorischen Unterlassungsanspruch aufstellen, so würde man den neuen Anspruch von einer Voraussetzung abhängig machen, die dem als Vorbild dienenden im Gesetz ausdrücklich gegebenen Anspruch fremd ist. Hierdurch würde man gegen den Sinn der Analogie verstoßen. Es herrscht Einigkeit darüber,[68]) daß ungeachtet eines Rechtsschutzbedürfnisses ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch besteht, wenn ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in rechtlich geschützte Interessen vorliegt und eine Wiederholung des Eingriffs ernstlich zu befürchten ist.

B. II. b) Dieser Anspruch ist klagbar, da auf Grund eines Rechtsschutzanspruchs ein materielles Klagerecht gegeben ist.

Es erhebt sich nun die Frage, ob der so vorliegende Unterlassungsanspruch auch im Wege der Klage verfolgbar ist ohne Rücksicht auf einen bestehenden genügenden strafrechtlichen Schutz. Es handelt sich hier um eine prozessuale Frage, die zu bejahen ist.

Hinsichtlich der zivilprozessualen Durchführung eines Anspruchs unterscheidet man ein formelles und ein materielles Klagerecht. Das formelle Klagerecht — das ist ein Anspruch des Klägers gegen den Staat auf Prüfung und Entscheidung der erhobenen Klage[69]) — steht dem Kläger zu, wenn alle Prozeßvoraussetzungen vorliegen. Zu den Prozeßvoraussetzungen gehört

67) Ulrich macht am aaO. S. 255 ff. die auch in der vorliegenden Arbeit beobachtete Zweiteilung zwischen dem Bestehen des Anspruchs und seiner Klagbarkeit. Ulrich untersucht am aO., ob der Anspruch durch eine öffentliche Strafandrohung ausgeschlossen wird, (S. 258 ff.) ob also ein Rechtsschutzbedürfnis Voraussetzung des Anspruchs ist. Die prozessuale Frage nach der Klagbarkeit des vorhandenen Anspruchs läßt er offen.

68) Vgl. Ulrich: aaO. S. 258.

69) Vgl. Oertmann: Grundriß des Zivilprozeßrechts 2./3. Aufl. S. 22.

das Bestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses nicht. Eine weitere Beschäftigung mit dem formellen Klagerecht ist hier deshalb entbehrlich.

Unter materiellem Klagerecht versteht man den Anspruch auf ein obsiegendes Urteil. Nach der früher herrschenden Lehre hat der Kläger dann einen Anspruch auf ein ihm günstiges Urteil, wenn er einen fälligen privatrechtlichen Anspruch hat. Dieser privatrechtliche Anspruch ist mit dem materiellen Klagerecht identisch. Das materielle Klagerecht ist „der materielle Anspruch selbst in seiner Eigenschaft als gerichtlich verfolgbares Recht."[70]) Diese Lehre wird von der heute allgemein herrschenden Ansicht [71]) mit Recht verworfen, da sie die Feststellungsklage, die Klage auf künftige Leistung, die Klaglosigkeit der natürlichen Verbindlichkeiten, die Gestaltungsklagen und das Klagerecht der Prozeßführungsberechtigten nicht zu erklären vermag.[72]) Die herrschende Lehre identifiziert nicht den zivilrechtlichen Anspruch mit dem materiellen Klagerecht, sondern sieht ein materielles Klagerecht dann als gegeben an, wenn ein Rechtsschutzanspruch besteht. Dieser Rechtsschutzanspruch fällt nun in der Tat mit mit dem Bestehen eines zivilrechtlichen Anspruchs zusammen, sofern nicht ausdrücklich im Gesetze etwas anderes bestimmt ist, wie z. B. bei den natürlichen Verbindlichkeiten. Normalerweise ist Voraussetzung des Rechtsschutzanspruchs, daß ein fälliger zivilrechtlicher Anspruch besteht.[73]) Besteht ein solcher, so ist auch der Rechtsschutzanspruch und damit auch das materielle Klagerecht gegeben. Insoweit ist die herrschende Lehre mit der früheren Auffassung im Ergebnis übereinstimmend. Sie unterscheidet sich aber von der früheren dadurch, daß sie auch dann das materielle Klagerecht zuläßt, wenn kein zivilrechtlicher oder kein fälliger zivilrechtlicher Anspruch vorliegt, aber trotz seines Mangels ein Rechtsschutzanspruch besteht.[74]) Wann dieses der Fall ist, muß im Gesetz ausdrücklich bestimmt sein oder im Wege der Analogie aus gesetzlichen Vorschriften zu entnehmen sein.

Handelt es sich also bei dem quasinegatorischen Unterlassungsanspruch um einen fälligen Anspruch, so ist er nach dem heute geltenden Grundsatz der Klagbarkeit aller fälligen Ansprüche[75]) ohne weiteres durch Klage verfolgbar, ohne Rücksicht

70) Vgl. Oertmann: Grundriß S. 29.
71) Wach: Der Feststellungsanspruch S. 188; Hellwig: Anspruch u. Klagerecht 1900; System § 101 S 256; Langheineken: der Urteilsanspruch; Schüler: Urteilsanspruch 1921; Stein-Jonas: aaO. Vorbem. III zu §253 S. 675 ff.
72) Vgl. Oertmann: Grundriß S. 29.
73) Vgl. Eltzbacher: aaO. S. 83; Hellwig: Anspruch u. Klagerecht S. 348 f.
74) Vgl. Oertmann: Grundriß § 15 S. 32 ff.
75) Vgl. Eltzbacher: aaO. S. 83.

darauf, ob bereits ein genügender strafrechtlicher Schutz vorhanden ist. Ist der Anspruch dagegen nicht fällig, so ist zu prüfen, ob kraft einer positiven gesetzlichen Bestimmung ein zivilrechtlicher Rechtsschutzanspruch gewährt wird, falls nicht, ob ein solcher im Wege der Analogie zu finden ist.

B. II b 1) Der Rechtsschutzanspruch ist dann vorhanden, wenn der vorliegende privatrechtliche Unterlassungsanspruch ein fälliger Anspruch ist.

Der quasinegatorische Unterlassungsanspruch gewährt das Recht auf ein gegenwärtiges und zukünftiges Beobachten der bestehenden Unterlassungspflicht. Wegen dieses Dauerzustandes wird in jedem Augenblick nur ein Teil des Unterlassungsanspruchs fällig. Es ist nun eine unbestrittene Eigenart des Unterlassungsanspruchs, daß er, soweit er fällig ist, nie Gegenstand einer Unterlassungsklage sein kann; denn mit dem Augenblick der Fälligkeit geht der Unterlassungsanspruch unter. Wird nämlich unterlassen, so ist der Anspruch, wenn gewollt unterlassen wird, durch Erfüllung,[76]) wenn nicht gewollt unterlassen wird, durch Zweckerreichung erledigt. Wird dagegen die Unterlassungspflicht verletzt, so erlischt ebenfalls der Unterlassungsanspruch, soweit er sich auf die augenblicklich geschuldete Unterlassung bezieht. Anstelle des Unterlassungsanspruchs tritt dann ein Schadenersatzanspruch oder ein quasinegatorischer Beseitigungsanspruch.[77]) Gegenstand der Unterlassungsklage kann also nur der noch nicht fällige, der zukünftige Teil des Unterlassungsanspruchs sein. Weil der Unterlassungsanspruch im Augenblick der Fälligkeit untergeht, oder sich in einen Schadenersatz- oder einen Beseitigungsanspruch verwandelt, kann man schlechthin den Satz aufstellen: Es gibt keinen fälligen Unterlassungsanspruch.[78]) Es muß deshalb bei der Frage, ob bei dem quasinegatorischen Unterlassungsanspruch ein Rechtsschutzanspruch und damit ein materielles Klagerecht besteht, zunächst untersucht werden, ob eine gesetzliche Vorschrift ein solches Klagerecht ausdrücklich gewährt.

---

76) Vgl. Haensell: aaO. S. 26; Rogowski: aaO. S. 83 ff.; Rosenthal-Harry: aaO. S. 49 f.; Stadie: aaO. S. 18; Flad: aaO S. 340–351; Ennecerus: aaO. (11. Bearbeitung) § 242 III S. 775; Hellwig: aaO. System § 104 II 2 S. 271, derselbe: Anspruch und Klagerecht S. 350.

77) Vgl. Thomas: aaO. S. 16; Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 7. Aufl. S. 77.

78) Vgl. Rosenthal-Harry: aaO. S. 50; Stadie: aaO. S. 18; Enneccerus: aaO. (11. Bearbeitung) § 242 III S. 775; Eltzbacher: aaO. S. 84; Hellwig: Anspruch und Klagerecht S. 351.

B. II b 2) Der Rechtsschutzanspruch ist dann vorhanden, wenn er durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung (durch § 259 ZPO?) gewährt wird.

Man könnte hier mit Hellwig[79]) an § 259 ZPO. denken. Diese Bestimmung gibt nämlich ein Klagerecht bei einem Anspruch auf künftige Leistungen, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entzieht. Streitig ist, ob unter Leistung im Sinne dieser Vorschrift auch ein Unterlassen zu verstehen ist. Stein[80]) bekämpft entschieden die Ansicht, daß der Begriff „Leistung" auch ein Unterlassen mitumfaßt. Wenn auch das BGB. ein Unterlassen als Leistung ansehe, so gebe es im BGB. doch eine ganze Reihe von Vorschriften über den Anspruch, die sich nur auf Ansprüche auf positive Leistung, auf ein Tun bezögen. Dies müsse erst recht von zivilprozeßualen Bestimmungen über den Anspruch gelten, insbesondere von den §§ 258 und 259 ZPO. Stein sagt dann weiter: „Es gehört auch für einen gut disziplinierten Juristen die außergewöhnlichste Begriffsschulung dazu, um die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht als eine Entziehung der Leistung anzusehen. Es bedarf für jeden praktisch denkenden Menschen erst eines kräftigen Aufschwunges in die reinen Höhen des Begriffs, um das Nichtstun als Leistung aufzufassen."

Mannhardt[81]) hingegen erklärt den § 259 ZPO. für anwendbar, wenn die Unterlassungspflicht einem obligatorischen Rechtsverhältnis entspricht. Bei Unterlassungsansprüchen aus absoluten Rechten aber umfasse der Begriff „Leistung" nicht das Unterlassen, da hinsichtlich der absoluten Rechte im System des BGB. eine Definition der „Leistung" fehle, während eine solche für das Gebiet der Schuldverhältnisse im § 242 BGB. aufgestellt sei. Nur an diese Bestimmung, an die Schuldverhältnisse also, habe die ZPO. gedacht, als sie mit dem Begriff Leistung operierte. Hätte sie in § 259 auch die Klage auf Unterlassung aus absoluten Rechten miteinbegreifen wollen, so hätte sie das etwa durch Anwendung des auf alle Arten von Rechten passenden Begriffs „Anspruch" (§ 194 BGB.) zum Ausdruck bringen müssen.

Auch Ulrich[82]) ist der Ansicht, daß der aus der deliktischen Verletzung eines Rechts oder Rechtsguts hervorgehende Anspruch auf Unterlassung niemals Leistung im Sinne von § 259 ZPO. sein kann.

---

79) System § 104 II 2.
80) Stein: Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, (Halle 1903) S. 119.
81) Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten in DJZ. 1903 S. 172 Vgl. auch Enneccerus: aaO. 11. Bearbeitung § 242 III S. 775.
82) AaO. S. 227.

Die Anschauung, daß § 259 ZPO. auf Unterlassungsklagen keine Anwendung finde, verdient Beifall, die vorstehenden Gründe, die diese Anschauung beweisen sollen, jedoch nicht. Sie sind nicht stichhaltig. In § 241 BGB. ist nämlich ausdrücklich gesagt: „Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen." Weshalb diese Definition nicht auch dem § 259 ZPO. zugrunde liegen sollte, ist nicht ohne weiteres einzusehen, zumal das BGB. und die ZPO in einem engen Verhältnis zueinander stehen und § 259 ZPO. später[83]) als § 241 BGB. entworfen worden ist. Wenn Stein meint, ein Unterlassen könne nicht „Leistung" sein, weil das dem Sprachgefühl zuwider laufe, so ist das Letztere zuzugeben. Aus § 241 BGB. aber geht hervor, daß sich das Gesetz in diesem Falle über die Forderungen des Sprachgefühls hinwegsetzt. Warum sollte es das in § 259 ZPO. nicht auch tun? Auch die Tatsache, daß diese Vorschriften über die Schuldverhältnisse auf den Unterlassungsanspruch nicht anwendbar sind, beweist nichts gegen die Möglichkeit, die Unterlassung mit den Forderungen auf ein Tun unter einen höheren Begriff zu bringen.[84]) Die Beschränkung des Leistungsbegriffs aus § 241 BGB. auf obligatorische Rechtsverhältnisse ist ebenfalls nicht gerechtfertigt. Er erstreckt sich über das ganze BGB sowie auch auf die absoluten Rechte. Das geht daraus hervor, daß „ein obligatorischer Anspruch nicht nur aus einem Schuldverhältnisse, sondern auch aus einem absoluten Rechte entspringen kann.[85])

Die Gründe von Stein und Mannhardt sind also nicht stark genug, um die Anschauung Hellwig's[86]), § 259 ZPO. meine, mit dem Wort „Leistung" auch ein Unterlassen, zu widerlegen.

Die Meinung Hellwig's bekämpfen Ulrich[87]) u. Fischer[88]) noch mit einem weiteren Grunde, der jedoch auch nicht zutreffend ist. Sie behaupten, § 259 ZPO. könne schon deshalb nicht angewendet werden, weil der Anspruch auf ein dauerndes Unterlassen sich nicht nur auf etwas Künftiges, sondern auch auf etwas Gegenwärtiges beziehe, und deshalb nicht von einer zukünftigen Leistung gesprochen werden könne. Es ist richtig, daß ein solcher

83) 1898.

84) Vgl. Hellwig: Anspruch und Klagerecht S. 350 Anm. 7.

85) Vgl. Rosenthal-Harry: aaO. S. 45, vgl. ferner: v. Staudinger: aaO. Vorbem. I 3 zum 2. Buch des BGB. S. 12.

86) Hellwig haben sich angeschlossen: Seuffert: (ZPO. Anm. 2 zu § 259) Wendt: (Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 92 S. 85 f.); Allfeld: (Lit. Urh. Gesetz S 217); Rogowski: aaO. S. 23; Rosenthal-Harry: aaO. S. 42 ff.; Fischer-Karl: aaO. S. 24; Enneccerus hält § 259 ZPO. auf Unterlassungsansprüche, die auf einem Rechtsverhältnis beruhen, dagegen nicht auf den quasinegatorischen Unterlassungsanspruch für anwendbar (aaO. 11. Bearbeitung § 242 III und Anm. 25 S. 775).

87) AaO. S. 226 f.

88) AaO. S. 24 f.

Unterlassungsanspruch diese doppelte Richtung hat. Es ist aber ebenso richtig, daß dieser auf eine gegenwärtige und zukünftige Unterlassung gerichtete Anspruch nur insoweit im Wege der Klage geltend gemacht werden kann, als er sich auf die Zukunft richtet.[89])

Es würde sich also doch um eine zukünftige Leistung handeln, wenn man unter dem Begriff „Leistung" im Sinne vom § 259 ZPO. auch ein Unterlassen verstünde. Ulrich und Fischer vermögen deshalb auch nicht, die Ansicht Hellwig's zu Fall zu bringen.

Hingegen hat Eltzbacher[90]) mit guten Gründen dargetan, daß § 259 ZPO. bei Unterlassungsansprüchen keine Anwendung finden kann. Um zu einem zutreffenden Ergebnis zu kommen, muß man mit Eltzbacher den Sinn und den Zweck des § 259 ZPO hervorheben. § 259 ZPO. ist nur im Zusammenhange mit den §§ 257 und 258 ZPO. richtig zu verstehen. Diese beiden Bestimmungen dienen lediglich dem ausgleichenden Rechtsschutz. Sie wollen keine vorbeugenden Klagerechte verleihen, die darauf gerichtet wären, daß der Verpflichtete verurteilt würde, rechtzeitig zu leisten, bezw. sich der Rechtsverletzung durch die Versäumung der Leistungsfrist zu enthalten. § 257 ZPO. will z. B. die Verletzung der Räumungspflicht nicht verhindern; er will lediglich das demnächst gegebene Klagerecht vorverlegen, damit der Kläger bei dem Fälligkeitstermin den noch verweilenden Mieter im Wege der Zwangsvollstreckung ohne Zeitverlust sofort zur Räumung zwingen kann. Die in den §§ 257 und 258 ZPO. enthaltenen Bestimmungen gewähren die „ausgleichenden Klagerechte"[91]) in einem früheren Zeitpunkte. Sie gehen auf Verurteilung des Beklagten zur Beseitigung der erfolgten Rechtsverletzung, insbesondere zur nachträglichen Leistung. Wenn der Kläger mit einer Klage nach § 257 ZPO. der Rechtsverletzung vorbeugen wollte, so würde er mit einem Urteil auf Räumung oder Zahlung allein nicht zum Ziele, zu der Verhütung der Rechtsverletzung, gelangen. Das nach § 257 ZPO. vorzeitig erlangte Urteil gibt ihm lediglich die Möglichkeit, die demnächst erfolgte Rechtsverletzung durch Zwang zur Räumung oder Zahlung zu beseitigen, nicht aber sie zu verhüten. Zu diesem Zwecke müßte er ein Urteil erhalten, das dem Beklagten unter Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung auferlegte, rechtzeitig zu räumen, bzw. die Schuld zu zahlen. Das ist eine Frage der Zwangsvollstreckung.

---

89) Ulrich legt bei seinen Betrachtungen den wiederherstellenden Unterlassungsanspruch (§ 249 BGB.) zugrunde. Hinsichtlich dieses Anspruchs trifft es zu, daß er, soweit er sich auf die Gegenwart bezieht, im Klagewege geltend gemacht werden kann.

90) AaO. S. 85 ff.

91) Vgl. Eltzbacher: aaO. S. 87.

Eltzbacher meint deshalb, daß, wenn die §§ 257 bis 259 ZPO. bestimmt gewesen wären, neue vorbeugende Klagerechte zu schaffen, man in die Bestimmung über die Zwangsvollstreckung den Satz aufgenommen hätte: „Bei der Verurteilung zu einer künftigen Leistung kann dem Schuldner auf Antrag des Gläubigers für den Fall, daß die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt, eine Geldstrafe bis zu . . . . RM. oder Haftstrafe bis zu . . . . . Monaten angedroht werden." Diese Art der Zwangsvollstreckung würde allein geeignet sein wie die Handhabung des § 890 ZPO. bei Verurteilungen zu einem Unterlassen oder Dulden, die Rechtsverletzung zu verhindern. Da man für die Klagen nach den §§ 257 bis 259 ZPO. eine solche Art der Zwangsvollstreckung nicht geschaffen hat, muß man folgern, daß diese Klagen auch einem vorbeugenden Rechtsschutz nicht dienen sollen, sondern lediglich „die Bedeutung haben, die alten ausgleichenden Klagerechte in einem früheren Zeitpunkte zu gewähren",[92]) um die zukünftige sofortige Zwangsvollstreckung zu ermöglichen.

Daß dieses der Sinn der betr. Bestimmungen ist, wird auch durch ihre Entstehungsgeschichte bestätigt. In den Motiven zu § 190 Abs. 2 und 3 des I. Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuch, aus dem die §§ 257 und 258 ZPO. hervorgegangen sind, heißt es: „Zweckmäßigkeitsrücksichten lassen es als geboten erscheinen, dem Berechtigten für den Eintritt der betr. Zeit die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung im voraus zu eröffnen." Die Begründung zu § 259 ZPO. in dem Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen der Zivilprozeßordnung sagt: „Auch dann, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, muß der Gläubiger in die Lage versetzt werden, seine Rechte so zeitig wahrzunehmen, daß die Zwangsvollstreckung wenn nötig mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit beginnen kann."[93]) Hierin sieht auch das Reichsgericht den Sinn und den Zweck des § 259 ZPO, in dem es in seiner Entscheidung in Gruchot's Beiträgen Bd. 61, S. 662 ausführt: „Bei dem Vorliegen der Besorgnis, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehe, soll ein Gläubiger gegenüber einem Schuldner, der voraussichtlich später, zur Zeit der Fälligkeit freiwillig nicht leisten wird, bereits früher durch Zulassung einer Klage auf die künftige Leistung in den Stand gesetzt werden, sich ein schon zu der Zeit der Fälligkeit vollstreckbares Urteil zu verschaffen, das er sich sonst voraussichtlich doch beschaffen müßte, aber erst erhebliche Zeit nach der Fälligkeit erlangen könnte. Die praktische Bedeutung des § 259 ZPO.

92) Vgl. Eltzbacher: aaO. S. 87.
93) Vgl. auch Hellwig: Anspruch und Klagerecht S. 386.

besteht also darin, dem Gläubiger einer künftigen Leistung die Möglichkeit zu gewähren, sich schon vor der Fälligkeit ein vollstreckbares Urteil auf Leistung zu verschaffen, damit im Zeitpunkte der Fälligkeit auch sofort die Vollstreckung erfolgen kann."[94])

Da also § 259 ZPO. ein ausgleichendes aber kein vorbeugendes Klagerecht verleiht, ist er für Unterlassungsansprüche nicht anwendbar; denn jeder Unterlassungsanspruch dient dem vorbeugenden Rechtsschutz[95])

Ein weiterer Grund, die Ansicht Hellwig's abzulehnen ist der, daß man bei ihrer Bejahung zu der Annahme gezwungen wäre, die Vorschriften des BGB. über die Unterlassungsklage, insbesondere die §§ 12, 862, 1004 seien entweder z. T. durch § 259 ZPO. aufgehoben oder als leges speciales gegenüber § 259 ZPO. als der lex generalis anzusehen. Hellwig vertritt in der Tat diese Anschauung.[96]) Von seinem Standpunkt aus ist das folgerichtig, da § 259 ZPO. und die betr. Bestimmungen des BGB. verschiedene Rechtsschutzvoraussetzungen aufstellen. Es kann aber schon mit Rücksicht auf § 1 des Einführungsgesetzes zum BGB. nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber dem § 259 ZPO. eine gesetzaufhebende Wirkung verleihen wollte. Die Ansicht Hellwig's hat denn auch keinen Anklang gefunden.[97]) Auch das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung Bd. 101 S. 340 zu der Frage der Aufhebung bzw. Abänderung des § 1003 BGB. durch § 259 ZPO. in verneindem Sinne Stellung genommen. Es führt dort aus: „Es hieße die wesentlichsten Grundlagen dieser Rechtsweiterbildung völlig verlassen, wollte man für die hier in Rede stehende vorbeugende Unterlassungsklage von jenem Erfordernis des erfolgten Eingriffs schlechthin absehen. Auch der im Schrifttum vereinzelt unternommene Versuch, dies aus der Vorschrift des § 259 ZPO. zu rechtfertigen, ist abzulehnen. Es kann dahin gestellt bleiben, ob unter (künftiger) Leistung im Sinne dieser Vorschrift auch eine (künftige) Unterlassung verstanden werden kann. Jedenfalls kann jener gleichzeitig mit dem BGB. ergangenen, dem Schoße derselben Gesetzgebungs-Kommission entstandenen Vorschrift der ZPO. nicht die Bedeutung unterstellt werden, daß dadurch die Vorschrift des § 1004 BGB. teilweise abgeändert werden sollte."

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist also festzustellen, daß § 259 ZPO. für Unterlassungsansprüche, insbesondere für den hier interessierenden quasinegatorischen

94) Vgl. auch Stein-Jonas: aaO. 1. Band Anm. 2 zu § 259 ZPO. S. 718, ebenso Sydow-Busch-Krantz: aaO. Anm. 1 zu § 259 ZPO.
95) Vgl. Stein-Jonas: aaO. S. 678.
96) Anspruch und Klagerecht S. 393; System § 104 Anm. II 2 b S. 273.
97) Vgl. Stein-Jonas: aaO. Vorbem. IV. 2 a zu § 253 ZPO. RGRK. 6. Aufl. Anm. 5 zu § 1004; Fischer: aaO. S. 24; Eltzbacher: aaO. S.89.

Unterlassungsanspruch ein materielles Klagerecht nicht aufstellt. Eine andere gesetzliche Bestimmung, die ausdrücklich ein materielles Klagerecht gewähren könnte, gibt es nicht.

B. II b 3) Der Rechtsschutzanspruch ist dann vorhanden, wenn er aus dem Gesetze im Wege der Analogie zu entnehmen ist.

Für einen solchen Analogieschluß kommen naturgemäß die Bestimmungen in Frage, auf denen der quasinegatorische Unterlassungsanspruch selbst beruht. Das sind die §§ 12, 862, 1004 bezw. 823 BGB.[98])

Die §§ 12, 862, 1004 BGB. stellen hinsichtlich des negatorischen Anspruchs sowohl die Voraussetzung des materiellen Anspruchs als auch die Rechtsschutzvoraussetzungen auf.[99])

Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann auf Unterlassung geklagt werden. Liegt also die Gefahr einer Wiederholung der Beeinträchtigung des Namens-, Besitz- oder Eigentumsrechtes vor, so hat der durch die Beeinträchtigung Bedrohte einen Anspruch auf Unterlassung, dem zugleich ein Rechtsschutzanspruch und damit ein materielles Klagerecht zur Seite gestellt ist.[100]) Voraussetzung dieses Klagerechts ist also das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr.[101]) Aber auch bei einem bevorstehenden erstmaligen Eingriff kann die Rechtsschutzvoraussetzung gegeben sein, nämlich dann, wenn der Gegner die Störung ernstlich angedroht hat. Dann liegt in der Androhung bereits ein widerrechtlicher Eingriff.[102]) Die Verwirklichung der angedrohten Beeinträchtigung ist dann als eine Wiederholung anzusehen, da sich die Verwirklichung als eine noch schwerere gleichgerichtete Beeinträchtigung darstellt. Für die Frage, wann bei einem bevorstehenden erstmaligen Eingriff die Rechtsschutzvoraussetzung einer Wiederholungsgefahr als vorliegend zu betrachten ist, müssen die einzelnen Umstände des jeweiligen Falles maßgebend sein. Auch das Reichsgericht erkennt an, daß ein drohender erstmaliger

98) Vgl. Eltzbacher: aaO. S. 97 f.; RGZ. Bd. 60 S. 6; Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl. S. 1718.

99) Vgl. Thomas: aaO. S. 86.

100) Wenn Krückmann in JW. 1921 S. 177 sagt, überall da, wo ein Anspruch vorhanden sei, sei auch ein Rechtsschutzbedürfnis, so ist das richtig. Ob aber dieses Rechtsschutzbedürfnis genügt, um die Klagbarkeit des Anspruchs zu begründen, ist fraglich. Das ist im Zweifel bei allen fälligen Ansprüchen der Fall (vgl. Eltzbacher: aaO. S. 83). Da es sich aber bei dem Unterlassungsanspruch nicht um einen fälligen Anspruch handelt, muß nach gesetzlichen Vorschriften gesucht werden, aus dem sich die Klagbarkeit ergibt.

101) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 8. Aufl. S. 70.

102) Vgl. Rosenthal: die Unterlassungsklage S. 12; Lobe: aaO. S. 337.

Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut die Unterlassungsklage auslösen kann. Nachdem es in Bd. 101 S. 339 dargelegt hat, daß an dem Erfordernis einer erfolgten Beeinträchtigung festgehalten werden müsse, führt es auf Seite 340 weiter aus: „Andererseits kann, wie nicht zu verkennen ist, auch schon die Drohung mit dem Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut (oder Recht) nach Umständen eine so erhebliche Störung des Rechtsfriedens darstellen, daß darin ein widerrechtlicher Eingriff im Sinne des für die Gewährung der vorbeugenden Unterlassungsklage zu Erfordernden gefunden werden kann. Dies insbesondere dann, wenn die Bedrohung unter solchen Umständen geschieht, von solchen Anstalten begleitet ist, daß der Anfang zu einer Ausführung schon in ernsthaften Vorbereitungen verwirklicht erscheint. Alsdann würde es eine praktisch nicht befriedigende und grundsätzlich nicht gebotene Einschränkung des vorbeugenden Rechtsschutzes darstellen, wollte man die Klage erst dann gewähren, wenn der drohende widerrechtliche Eingriff vollständig verwirklicht ist. Es entspricht vielmehr den Grundgedanken, die die Rechtsprechung bei der Anerkennung dieses Rechtsbehelfs verfolgt hat, unter den vorausgesetzten Umständen die Unterlassungsklage schon dem drohenden erstmaligen Eingriff gegenüber zu gewähren."[103]) Dasselbe gilt, wenn sich jemand des Rechts zur Vornahme widerrechtlicher Handlungen berühmt.[104])

An das Vorliegen der so gearteten Wiederholungsgefahr wird bei dem reinen negatorischen Anspruch allein der Rechtsschutzanspruch und damit das materielle Klagerecht geknüpft. Eine weitere Rechtsschutzvoraussetzung wird für ihn von niemandem, auch nicht von dem Reichsgerichte und den Vertretern des Grundsatzes, daß im allgemeinen die quasinegatorische Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen unzulässig sei, gefordert. Namentlich ist es gleichgültig, ob ein gegenwärtiger rechtswidriger Zustand besteht.[105]) Das ist eine Voraussetzung für eine Beseitigungsklage bezw. für die wiederherstellende Unterlassungsklage. Auch ist belanglos, ob gleichzeitig eine Schadenersatzforderung besteht. Insbesondere ist für die gerichtliche Verfolgung des reinen negatorischen Anspruchs gleichgültig, ob die zu untersagende Handlung unter öffentliche Strafe gestellt ist oder nicht. Die Unterlassungsklage zum Schutze des Namens nach § 12 BGB. ist trotz der strafrechtlichen Bestimmungen über den Schutz der Ehre (§ 185 ff. StGB.) und die Unterlassungsklagen nach §§ 862

103) Vgl. auch RGZ. Bd. 48 S. 114; Riezler: „Das Recht" 1922 S. 168;
104) Vgl. Rosenthal: Die Unterlassungsklage S. 12 f; RGZ. Bd. 70 S. 443; RGRK. 1928 Anm. 6 I zu § 823 S. 545; Dernburg: Urheber-Patent u. s. w. 1910 § 77 S. 217 f.
105) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 8. Aufl. S. 30.

und 1004 BGB. zum Schutze des Besitzes und des Eigentums sind trotz der Strafgesetze zum Schutze des Vermögens zulässig. Dies wird von niemandem angezweifelt. Es ist eine feststehende Tatsache, daß bei der actio negatoria nur das Vorliegen der Wiederholungsgefahr Rechtsschutzvoraussetzung ist. Warum sollte das nun bei der quasinegatorischen Unterlassungsklage anders sein? Ihr Vorbild ist die actio negatoria. Es ist ein Gebot folgerichtigen Denkens, für das im Wege der Analogie nach einem genau umschriebenen Vorbild geschaffene neue Rechtsgebilde weder leichterere noch schwerere Voraussetzungen aufzustellen, als sie für das Vorbild verlangt werden. Nicht einmal wirtschaftliche Billigkeitsrücksichten, die jedoch bei Ablehnung der Klagbarkeit des quasinegatorischen Anspruchs kaum vorliegen können, erst recht nicht Erwägungen hinsichtlich Entlastung der Gerichte[106]) rechtfertigen die Aufstellung strengerer Voraussetzungen. Es ist zwar richtig, daß die quasinegatorische Unterlassungsklage wegen eines dringenden Bedürfnisses geschaffen worden ist. Deshalb ist es verständlich, wenn das Reichsgericht bestrebt war, dort die quasinegatorische Klage zu versagen, wo bereits ein genügender strafrechtlicher Schutz nach seiner Ansicht vorlag. Das Vorliegen eines Bedürfnisses ist aber lediglich ein Beweggrund für das Streben, einen Rechtsbehelf zu schaffen. Der Rechtsbehelf selbst, hier die quasinegatorische Klage, läßt sich nie auf ein noch so dringendes Bedürfnis gründen. Die Grundlage des Rechtsbehelfs muß immer das Gesetz selbst sein. Wenn der Rechtsbehelf einmal geschaffen ist, ist bei seiner jeweiligen Anwendung nur nach gesetzlichen Voraussetzungen, die hier die §§ 12, 862, 1004 BGB. bieten, zu fragen,[107]) nicht mehr nach dem Motiv. Dieses kann in Zweifelsfällen nur als Wegweiser dienen; es ist aber nie als Voraussetzung des Rechtsbehelfs anzusehen.

Daraus folgt, daß die Klagbarkeit eines im Wege der Analogie geschaffenen Anspruchs, hier des quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs, nicht von strengeren Rechtsschutzvoraussetzungen abhängig gemacht werden darf, als sie bei dem Vorbild, der reinen actio negatoria gefordert werden. Die actio negatoria gibt den Rahmen für die actio quasi negatoria. Es liegt deshalb nichts näher, als bei der actio quasi negatoria dieselben Rechtsschutzvoraussetzungen der actio negatoria – nicht mehr und nicht weniger – zu verlangen.[108])

106) Vgl. unten S. 32 ff.

107) So sagt Salinger in LZ. 1919 S. 1156: „Das bedenkliche dieser Rechtsprechung (RGZ. Bd. 77. S. 217) ist der Umstand, daß das Reichsgericht dem Richter die Prüfung der Frage überträgt, ob für einen zivilrechtlichen Anspruch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht oder nicht. Diese Prüfung hat nach dem Gesetz und nicht nach freiem Ermessen zu geschehen."

108) Vgl. Ulrich: aaO. S. 258.

Da bei der actio negatoria anerkanntermaßen der Mangel eines genügenden strafrechtlichen Schutzes nicht als Rechtsschutzvoraussetzung gefordert wird, darf dieses Erfordernis deshalb auch nicht für die Klagbarkeit des quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs aufgestellt werden.[109]) Für diesen Anspruch ist also dann ein materielles Klagerecht begründet, wenn die Wiederholung des objektiv widerrechtlichen Eingriffs zu befürchten ist.[110])

B. II c) Die Klagbarkeit des vorhandenen materiellrechtlichen quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs entfällt nicht, wenn ein genügender strafrechtlicher Schutz vorhanden ist.

Wird nun die an sich gegebene Klagbarkeit des quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß dem Kläger bereits ein genügender strafrechtlicher Schutz zur Seite steht? Oben ist dargetan worden, daß das Fehlen dieses Umstandes keine Voraussetzung der Klagbarkeit ist. Hier handelt es sich im Grunde genommen um dieselbe Frage. Würde man die hier gestellte Frage nach dem Ausschluß der Klagbarkeit bejahen, so ergäbe sich ein Widerspruch mit der Feststellung, daß das Fehlen eines genügenden strafrechtlichen Schutzes keine Rechtsschutzvoraussetzung für das materielle Klagerecht ist. Obwohl es keine Rechtsschutzvoraussetzung ist, wäre bei einer bejahenden Antwort auf die Frage nach dem Ausschluß der Klagbarkeit die Unterlassungsklage dennoch abzuweisen. Die Frage, ob das Fehlen eines genügenden strafrechtlichen Schutzes Voraussetzung der Klagbarkeit ist oder ob das Vorhandensein eines genügenden strafrechtlichen Schutzes die Klagbarkeit ausschließt, ist also materiell dieselbe Frage. Hier wird sie nur von einer anderen Seite, von der positiven Seite betrachtet, wodurch sich neue bisher noch nicht behandelte Gesichtspunkte ergeben.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß es nirgendwo eine positive gesetzliche Bestimmung gibt, nach welcher ein zivilrechtliches Klagerecht durch strafrechtliche Schutzmittel ausgeschlossen wird. Hingegen gibt es eine Reihe gesetzlicher Vorschriften, die das Nebeneinander von zivilrechtlichen und strafrechtlichen Rechtsschutzmitteln ausdrücklich für zulässig erklären. Das ist gerade bei der Unterlassungsklage der Fall. So ist z. B. im § 1004 BGB. eine Unterlassungsklage zum Schutze des Eigentums gegeben.

109) Vgl. RGZ. Bd. 116 S. 151 ff.; Finger: JW. 1919 S. 565.
110) Vgl. Cnneccerus: aaO. (11. Bearbeitung) § 242 Anm. I 3 Seite 773; Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl. S. 54.

Daneben wird im § 303 StGB. eine vorsätzliche Sachbeschädigung unter öffentliche Strafe gestellt.[111]) Weiter enthält das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb Vorschriften, die bei demselben Tatbestand einen zivilrechtlichen Schutz durch Unterlassungsklage (§§ 1, 3, 13, 14, 16) und daneben einen strafrechtlichen Schutz gewähren.

Daraus, daß der Gesetzgeber für richtig gehalten hat, hier doppelte Schutzmittel zu geben, darf nicht gefolgert werden, daß in anderen Fällen, insbesondere bei der quasinegatorischen Unterlassungsklage dem strafrechtlichen Schutzmittel im Verhältnis zu der Unterlassungsklage der Vorrang gebühre.[112]) Es ist durch nichts gerechtfertigt, hier an Stelle eines Ähnlichkeitsschlusses einen Umkehrschluß zu ziehen.[113]) Auch in diesen anderen Fällen stehen wie bei den im Gesetz über den unlauteren Wettbewerb behandelten Tatbeständen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Schutz uneingeschränkt nebeneinander. Daraus, daß das Gesetz in einzelnen Fällen das Nebeneinander beider Schutzmittel zuläßt, ist vielmehr zu folgern, daß grundsätzlich auch sonst das eine Schutzmittel das andere Schutzmittel nicht ausschließt. „Anstatt, daß man von dem Gesetzgeber, der in den gewerblichen Schutzgesetzen Unterlassungsanspuch und Klage wohlweislich nebeneinander stellte, lernte und diesen allein zutreffenden Grundsatz auch auf das BGB. anwandte, sah sich der 6. Senat genötigt, die Regelung in diesen Gesetzen als Ausnahme zu behandeln."[114])

Das eine Schutzmittel schließt das andere nur dann aus, wenn es ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen ist, oder wenn bestimmte Anhaltspunkte für die Annahme gegeben sind, daß dem betreffenden Eingriff nur mit dem einen der beiden Schutzmittel entgegengetreten werden soll. Das ist z. B. nach

111) Man könnte auch in diesem Zusammenhange an die Strafbestimmungen über den Diebstahl denken, da sie neben dem Schutz der öffentlichen Interessen den Schutz des Eigentums bezwecken. Sie können jedoch hier nicht neben § 303 StGB. angeführt werden, da sie sich auf solche Beeinträchtigungen des Eigentums beziehen, die eine Entziehung des Besitzes sind. Zum Schutze gegen solche Beeinträchtigungen ist aber die actio negatoria des § 1004 BGB. nicht gegeben. Das ist auch der Grund, weshalb die quasi negatorische Klage zum Schutze gegen bevorstehenden Diebstahl nicht zuzulassen ist. Da die actio negatoria auf in Besitzentziehung bestehende Beeinträchtigungen nach § 1004 BGB. keine Anwendung findet, wäre es eine Umgehung des Gesetzes, wenn durch die actio quasi negatoria gegen solche Beeinträchtigungen zivilrechtlicher Schutz gewährt würde.

112) Vgl. Neukamp: JW. 1915 S. 114.

113) Vgl. Fuchs: JW. 1925 S. 31.

114) So Matthiessen JW. 1927 S. 1997; Vgl. Rosenthal: in LZ. 1913 S. 899; Enneccerus: aaO. (11. Bearbeitung) I 3 in § 242 S. 773; Delius: JW. 1913 S. 8.

Endemann[115]) bei Diebstahl der Fall. Weil er nach dem geltenden Rechte vornehmlich als Eingriff in die allgemeine Ordnung und nicht so sehr als eine Verletzung der Interessensphäre des einzelnen Staatsbürgers unter Strafe gestellt sei, müsse gefolgert werden, daß seine Verfolgung ausschließlich dem Strafprozeß vorbehalten sei, und man ihn nicht im Wege der Unterlassungsklage bekämpfen könne.[116])

Der Umstand, daß die Unterlassungsklage und das Strafverfahren zu der Festsetzung einer Strafe führen, begründet noch nicht den Ausschluß der quasinegatorischen Unterlassungsklage; auch die Erwägung, daß sie doch nur wegen eines besonderen Verkehrsbedürfnisses geschaffen worden ist, rechtfertigt selbst in Anwendung des Grundsatzes von der Oekonomie der Rechtsbehelfe ihren Ausschluß nicht.[117]) Ein Ausschluß des zivilen Rechtsschutzmittels wäre höchstens dann gerechtfertigt, wenn die beiden Schutzmittel nicht nur gleiches Ziel und gleichen Enderfolg, sondern auch die gleiche Eigenart hätten. Das ist bei der quasinegatorischen Unterlassungsklage nicht der Fall. Daß die Strafgesetze nicht den gleichen Enderfolg d. h. nicht den gleichen Grad von Schutz wie die quasinegatorische Unterlassungsklagen verbürgen, ist bereits oben unter B I dargelegt worden. Beide Schutzmittel haben jedoch auch verschiedenen Zweck und abweichende Gestaltung.

Die Strafe will in erster Linie sühnen.[118]) Ihr Zweck ist Vergeltung für begangenes Unrecht. „Die Strafe tritt als besonderes Rechtsgebilde neben die der Verhütung und dem Ersatz dienenden Rechtseinrichtungen, bei widerrechtlichen Handlungen, indem sie Vergeltung üben will. Die Vergeltung ist der älteste und ursprünglichste Strafzweck und auch heute noch der Kern der Strafe."[119]) Früher galt der Grundsatz der Talion: „Auge um Auge, Zahn um Zahn." Die Talion war die Verkörperung des natürlichen Gefühls für die notwendige Verhältnismäßigkeit von Verbrechen und Strafe. Ein Rest der Talion ist heute noch die Todesstrafe.[120]) Zwar sehen heute vielfach manche den Zweck der Strafe in der Abschreckung, Besserung und Sicherung. „Der Grund ist, das leider bis

115) Vgl. JW. 1927 S. 1998; Schramm: in DJZ. 1925 S. 1630 f.
116) Vgl. aber oben S. 28 Anm. 111.
117) Wenn die Anwendung des Grundsatzes von der Oekonomie der Rechtsbehelfe bei der actio quasi negatoria gerechtfertigt wäre, müßte er folgerichtig auch bei der reinen actio negatoria zur Anwendung gelangen, d. h. diese Klage wäre bei strafbaren Handlungen unzulässig. Niemand aber, auch der ehem. 6. Zivilsenat des Reichsgerichts nicht, zweifelt an der unbeschränkten Zulässigkeit der actio negatoria (Vgl. Neukamp: Festschrift S. 25; JW. 1915 S. 114; Finger: JW. 1919 S. 565).
118) Vgl. RGZ. Bd. 116 S. 151. ff.; Rosenthal: Wettbewerb 7. Aufl. S. 59.
119) So Leipziger Kommentar zum StGB. (Ebermeyer-Lobe) 4. Aufl. S. 22; Vgl. auch Schultz in LZ. 1928 S. 295.
120) Vgl. Meyer-Allfeld: aaO. 8. Aufl. S. 21 ff.

heute selbständige Maßnahmen für diese nicht minder wichtigen Staatszwecke fehlen. Von den §§ 361, 362 StGB. abgesehen. Aber Besserung und Sicherung sind besondere und selbständige neben die Strafe als Vergeltung tretende Ziele und bedürfen darum auch besonderer von der Zufügung des Strafübels völlig getrennter Maßnahmen."[121])

Auch der amtliche Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich hält an dem Vergeltungszwecke der Strafe fest. Ferner hat der neue Entwurf eines italienischen Strafgesetzbuches das Vergeltungsprinzip im Gegensatz zu dem Ferri'schen Entwurf von 1921 wieder in den Vordergrund gerückt.[122])

Während das Strafrecht also sühnen will, erstrebt die Unterlassungsklage die Verhütung eines drohenden Eingriffs. Sie will vorbeugen, verhindern. Der Kläger wünscht keine Bestrafung des Beklagten, sondern die Abwendung eines bevorstehenden Nachteils.

Die Strafe dient zudem vorwiegend öffentlichen Interessen, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, dem Gemeinwohl. Die Unterlassungsklage aber bezweckt lediglich den Schutz eines bestimmten Verletzten, eines einzelnen Bürgers.[123])

Dadurch, daß die Strafe öffentlichen Interessen dient, gewährt sie zwar auch gleichzeitig den Rechtsgütern der einzelnen Staatsbürger Schutz.[124]) Dieser Schutz ist aber nur eine Begleiterscheinung der Straffunktion. Dadurch, daß die Verletzung eines Rechtsgutes unter Strafe gestellt worden ist, ist nicht erst das Rechtsgut geschaffen worden. „Die Strafandrohung ist vielmehr ein Anzeichen dafür, das die Rechtsordnung das betreffende Rechtsgut als solches anerkennt. Der strafrechtliche Schutz dient also regelmäßig zur Verstärkung der sonst zum Schutze von Rechtsgütern gegebenen Rechtsbehelfe. Er will aber dem Verletzten die anderen ihm zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe nicht nehmen."[125])

Wo diese anderen Rechtsbehelfe, hier die Unterlassungsklage, nicht ausreichen, mögen die Strafgesetze eine Verstärkung des privaten Rechtsschutzes sein.[126]) Ihre vornehmste Aufgabe aber

---

121) So Leipziger Kommentar (Ebermeyer-Lobe) 4. Aufl. S. 25.
122) Vgl. Bunge: Die Reform des italienischen Strafrechts im DJZ. 1928 S. 138.
123) Vgl. Matthiessen in JW. 1927 S. 1997; Endemann in JW. 1927 S. 1998; Ennecerus: aaO. (11. Bearbeitung) § 242 I 3 S. 773.
124) Vgl. Lobe: LZ. 1916 S. 644; Lehmann: JW. 1916 S. 1454; Recken: JW. 1915 S. 272.
125) So RGZ. Bd. 116 S. 154; vgl. auch Enneccerus: aaO. (11. Bearbeitung) § 242 I 3 S. 773.
126) Vgl. Endemann: JW. 1927 S. 1999.

ist nicht der zufällige Schutz des Einzelnen, sondern der Dienst am Gesamtwohl. Deshalb soll die Strafe als Vergeltung auch keine persönliche Genugtuung des Verletzten, kein Entgelt für seinen Rechtsnachteil, sondern die Zufügung eines Übels sein.[127])

Ein weiterer Unterschied zwischen der Strafandrohung des Strafrechts und der der Unterlassungsklage besteht darin, daß sich die erstere an die Gesamtheit der Staatsbürger, die letztere nur an einen genau bestimmten Einzelnen richtet. Hierdurch ist der Grad ihrer Wirkung sehr verschieden.

Die öffentliche Strafklage hat weiterhin immer eine bereits begangene Straftat zum Gegenstand. Sie ist auf die Vergangenheit gerichtet. Die Unterlassungsklage aber bezieht sich auf einen noch nicht erfolgten Eingriff. Sie ist der Zukunft zugewandt.

Aber nicht nur Ziel und Zweck weichen bei den beiden Rechtsschutzmitteln weit voneinander ab, auch die Gestaltung und Handhabung beider Rechtsbehelfe ist sehr verschieden. Der Zivilprozeß wickelt sich nach anderen Grundsätzen ab als der Strafprozeß. Im Zivilverfahren herrschen kraft der Verhandlungsmaxime die Parteien. Sie drücken durch ihr Vorbringen, ihre Anträge und sonstigen Prozeßhandlungen dem jeweiligen Prozeß ihre persönliche Note auf. Sie bestimmen den Beginn des Prozesses und den Umfang des Verhandlungsstoffes. Sie benennen die Beweismittel und haben ein Mitwirkungsrecht bei der Beweisaufnahme. Die Beendigung des Prozesses ist ihrem Einfluß mitunterworfen. Der Zivilprozeß ist gewissermaßen ihr Prozeß. Der Strafprozeß, auch das Privatklage-Verfahren in seinen wichtigsten Punkten aber ist ein staatlicher Prozeß. Staatsanwaltschaft und Gericht gestalten und beherrschen ihn. Es kommt auf die Erforschung der materiellen Wahrheit an. Deshalb ist nur für die Inquisitionsmaxime, nicht aber für die Verhandlungsmaxime im Strafverfahren Platz. Daher muß in ihm auch der Parteieid als Beweismittel ausscheiden. Auch für die im Zivilprozeß bei den Parteien beliebte einstweilige Verfügung ist im Strafverfahren kein Raum. Es dient dem öffentlichen Schutze und ist auf Bestrafung gerichtet, während der Zivilprozeß die Feststellung und Durchsetzung von Privatrechten bezweckt.

Dadurch, daß nun die Unterlassungsklage auch zu der Festsetzung einer Strafe führen kann, verliert dieser Prozeß nichts von seiner zivilprozeßualen Eigenart. Die Unterlassungsklage ist vornehmlich darauf gerichtet, daß der Beklagte zu einer Unterlassung verurteilt wird, daß für ihn ein ausdrückliches Unterlassungsverbot von dem Richter aufgestellt wird. Das Ergebnis

127) Vgl. Leipziger Kommentar (Ebermeyer-Lobe) 4. Aufl. S. 23; Lobe; LZ. 1916 S. 644.

der Unterlassungsklage ist in der Mehrzahl der Fälle die gewünschte Unterlassung. Nur wenn das Unterlassungsgebot nicht beobachtet wird, steht am Ende die Strafe. Die Hinzufügung einer Strafandrohung in dem Urteil selbst ist nicht erforderlich. Das ist eine Frage der Zwangsvollstreckung nach § 890 ZPO. Der Umstand, daß in der Mehrzahl der Fälle diese Strafandrohung in die Urteilsformel aufgenommen wird, verschiebt den Schwerpunkt des Unterlassungsklage-Verfahrens in keiner Weise. Er wird dadurch nur verdunkelt und der Gefahr einer Gleichsetzung mit dem Schwerpunkt des Strafverfahrens ausgesetzt. Eine solche Gleichstellung wäre durch nichts gerechtfertigt. Die zivilrechtliche Strafandrohung ist bereits ein Teil der Zwangsvollstreckung. Sie kann in den Unterlassungsurteilen genau so gut fehlen, wie bei jeder anderen zivilprozeßualen Verurteilung auch. Daß sich der Gesetzgeber zur Zwangsvollstreckung des festgestellten Unterlassungsanspruchs gerade einer Strafe bedient, geschieht aus Zweckmäßigkeitsgründen. Die Zwangsvollstreckung wäre an sich auf andere, aber auf unpraktische Weise möglich, etwa so, daß der zur Unterlassung einer Tätigkeit verurteilte Beklagte von Polizeibeamten oder sonstigen von dem Staate zur Verfügung gestellten Personen dauernd begleitet und überwacht würde, damit sie den Beklagten in dem betreffenden Augenblick, wenn nötig, mit Gewalt von der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot abhielten. Das wäre sogar der wirksamste Schutz des Klägers, dem es ja nur auf die Verhinderung des drohenden Eingriffs, nicht aber auf eine Bestrafung des Beklagten ankommt. Daraus ist ersichtlich, daß die Strafe des § 890 ZPO. ein Mittel zur Verhinderung ist. Sie ist Vollstreckungsstrafe, die zwar nach strafrechtlichen Grundsätzen zu behandeln ist, aber dennoch nicht mit einer für strafbare Handlungen verhängten öffentlichen Strafe auf dieselbe Stufe gestellt werden kann.[128]) Sie kommt einer Ordnungsstrafe am nächsten,[129]) da sie zur Beobachtung des Unterlassungsgebots zwingen soll, aber nicht wegen einer Rechtsgüterverletzung verhängt wird. Auch Derenburg[130]) sieht in der Maßnahme nach § 890 ZPO. lediglich ein Mittel zur Abschreckung, keine kriminelle Strafe. Nach ihm kann deshalb dieses Zwangsmittel auch gegen juristische Personen angewandt werden, und eine bereits nach § 890 ZPO. verhängte Strafe ist aufzuheben, sobald der vollstreckbare Titel wegfällt. Während das Reichsgericht und Stein-Jonas[131]) die Zivilstrafe des § 890 ZPO. als eine wirkliche Strafe, als Sühne für begangenes

128) Vgl. Endemann: JW. 1927 S. 1998.
129) Vgl. Weinmann: JW. 1914 S. 1009; Fischer: aaO. S. 30; Rosenthal-Harry: aaO. S. 66; Eltzbacher: aaO. S. 205.
130) Urheber-, Patent, Zeichenrecht usw. 1910 S. 585, 588 f.
131) AaO. 14. Aufl. Anm. 1 zu § 890 ZPO.

Unrecht betrachten, und deshalb auch folgerichtig den Grundsatz „ne bis in idem" anwenden, sieht auch Delius[132]) in ihr lediglich ein Beugemittel. „Richtiger Ansicht nach sind Strafe und Zwangsstrafe völlig unabhängig voneinander und werden beide selbständig vollstreckt." Durch die evtl. eintretende doppelte Bestrafung wird der Beklagte vielleicht hart betroffen. Er hat sich das aber selbst zuzuschreiben, zumal ihm durch das der Verletzung vorhergehende Zivilurteil geradezu eingehämmert worden ist, daß er im Falle der Zuwiderhandlung mit der angedrohten Strafe belegt werden wird. Daß die auf Grund von bereits feststehenden staatlichen Strafnormen verhängte Strafe von der gemäß § 890 ZPO. erkannten Strafe wesentlich verschieden ist, ist am besten aus der Einstellung des Bestraften selbst ersichtlich. Der nach § 890 ZPO. Bestrafte würde sich mit allem Nachdruck dagegen verwahren, wenn ihm jemand dartun wollte, es bestehe kein Unterschied darin, daß ihm der Strafrichter oder der Zivilrichter jene Strafe auferlegt habe.

Es kann aber auch dahingestellt bleiben, ob die Strafe des § 890 ZPO. lediglich ein Zwangsmittel oder eine echte kriminelle Strafe ist. Jedenfalls gehört sie in den Zwangsvollstreckungsabschnitt des Unterlassungsklageverfahrens; dessen erste und wesentlichste Aufgabe aber ist nicht die Vollstreckung, sondern die Feststellung[133]) des Anspruchs. Auf die Zulässigkeit der Klage aber, soweit sie den Anspruch feststellen soll, kann deshalb die Art der Zwangsvollstreckung nicht von Einfluß sein.

Aus diesen Darlegungen geht hervor, daß Ziel, Eigenart und innere Gestaltung bei den Unterlassungsklagen wesentlich anders sind als bei der Strafklage. Auch aus diesem Grunde ist deshalb ein Ausschluß der quasinegatorischen Unterlassungsklage durch die Strafklage nicht möglich. Es handelt sich hier nicht um eine exklusive sondern um eine kumulative Gesetzeskonkurrenz.[134]) Theoretische rechtsgrundsätzliche Bedenken gegen die Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage neben einer ausreichenden Schutzgewährenden Strafklage bestehen also nicht.

Auch sonstige Bedenken sind nicht begründet. Die Verfechter des von dem Reichsgericht in Bd. 77 S. 217 festgelegten Grundsatzes befürchten in erster Linie eine für die Gerichte unangenehme Häufung von Unterlassungsklagen, wenn sie trotz genügenden Strafschutzes für zulässig erklärt würden.[135]) Dieses ist nach den Äußerungen des ehem. Mitgliedes des Reichsgerichts Meyer in „Das Recht 1924 S. 438" bei Erlaß der in Bd. 77 S.

132) JW. 1913 S. 8.
133) Vgl. Lent: aaO. II. Bd. S. 98.
134) Vgl. Endemann: JW. 1927 S. 1998 f.
135) Vgl. Flad: aaO. S. 372; Neukamp: Festschrift S. 1825 f; derselbe: JW. 1915 S. 120; Staub: aaO. Anm. 13 c Anh. zu § 346.

217 veröffentlichten Entscheidung der innere nicht mitveröffentlichte Grund des Reichsgerichts gewesen. Meyer sagt dort S. 436: „Dräuhend erschien jetzt am Himmel der Zivilgerichte die Skorpionenpeitsche der Unterlassungsklage. Es mußten Wege gefunden werden, um die Gerichte davor zu retten, daß sie in den häufig höchst überflüssigen Unterlassungsklagen erstickten." Bei Zulassung der quasinegatorischen Unterlassungsklage trotz genügenden strafrechtlichen Schutzes müßte der „Personalbestand der Zivilgerichte verdoppelt, ihre Behausungen ständig erweitert werden." (S. 438) Da die vorbeugende Unterlassungsklage ein Geschöpf des Reichsgerichts insbesondere des ehem. 6. Zivilsenats sei, habe ihm auch die Befugnis zugestanden, sein Werk nach den Bedürfnissen des Lebens zu „modeln" und, wie jeder Gärtner es bei dem von ihm gepflanzten Baume tue, Auswüchse zu beschneiden. Allein von praktischen Gesichtspunkten geleitet, wie Meyer aaO. S. 436 selbst zugibt, hat dann das Reichsgericht in diesen Bestrebungen nach Einschränkung plötzlich entdeckt, daß mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses die quasinegatorische Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen nicht zulässig sein könne. Nachdem das Reichsgericht für die vorbeugende Unterlassungsklage in den §§ 12, 862, 1004 BGB. die gesetzliche Grundlage gefunden hatte, hatte es jedoch nicht mehr das Recht sein „Geschöpf" nach dem Bedürfnisse des Lebens zu „modeln", zumal die vorbeugende Unterlassungsklage in Wirklichkeit kein Geschöpf des Reichsgerichts ist, sondern nur von ihm aus dem bürgerlichen Rechte, in dessen Geiste sie verborgen lag, entdeckt wurde.[136]) Nur die angeführten gesetzlichen Bestimmungen durften ihm Richtschnur sein.[137]) Meyer begünstigt mit seinen Darlegungen die Anwendung von Willkür. Die Erfahrung hat sodann gelehrt, daß seit der Entscheidung des II. Zivilsenates des Reichsgerichts in Bd. 116 S. 151 vom 15. Februar 1927, in der die vorbeugende Unterlassungsklage auch bei strafbaren Handlungen für zulässig erklärt wird, jene befürchtete Flut von Unterlassungsklagen nicht gekommen ist.[138]) Auch vor der Entscheidung des 6. Zivilsenats in Bd. 77 S. 217 wurden Unterlassungsklagen gegen Ehrverletzungen selten erhoben. In den Entscheidungssammlungen findet man kaum ein halbes Dutzend.[139]) Solange den verletzenden Eingriffen des Beklagten keine besondere Bedeutung beizulegen ist, und sie einigermaßen erträglich sind, ruft ein besonnener Kläger wegen der Unannehmlichkeiten, des Ärgers und Verdrusses, den auch ein aussichtsreicher Prozeß mit sich bringt, den Schutz der Zivilgerichte nicht

136) Vgl. Fuchs: JW. 1925 S. 32; Neukamp: Festschrift S. 4. f.
137) Vgl. Salinger: aaO. S. 274 f.
138) Vgl. Rosenthal: JW. 1925 S. 575.
139) Vgl. Fuchs: JW. 1925 S. 31.

an. Es ist seit langem eine anerkannte Tatsache, daß fast die Gesamtheit der Staatsbürger die Gerichte nur dann in Anspruch nimmt, wenn es nicht mehr anders geht. Das gilt insbesondere von der quasinegatorischen Unterlassungsklage. Die überwiegende Mehrzahl der Kläger wird sie nur dann erheben, wenn sie den Beweis für die Wiederholungsgefahr in Händen hat. Liegt aber eine Wiederholungsgefahr vor, so muß selbst bei leichteren Eingriffen in ein geschütztes Rechtsgut die Unterlassungsklage uneingeschränkt zulässig sein. Die Anzahl der an sich berechtigten Klagen darf für die Gewährung des zivilprozeßualen Schutzes nicht ausschlaggebend, ja nicht einmal auch nur ein im geringsten zu berücksichtigender Umstand sein. Das würde selbst dann gelten, wenn man mit Sicherheit annehmen müßte, daß tatsächlich eine unangenehme Flut von Klagen die Gerichte überschwemmen würde. Die Abdämmung dieser Flut nach der empfohlenen Art von Reichsgerichtsrat Meyer käme einer objektiven Rechtsverweigerung[140]) gleich. Solange eine wissenschaftliche auf Gesetz oder Rechtsgrundsätze sich stützende Begründung für die erfolgte Einschränkung der Unterlassungsklage fehlt, verstößt die Einschränkung gegen das Recht. Das hat auch wohl das Reichsgericht gefühlt, als es die quasinegatorische Unterlassungsklage aus Furcht vor einer Überlastung der Gerichte einengte; denn sonst hätte es diesen Grund wohl veröffentlicht und den Satz von der Unzulässigkeit der Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen nicht mit einer unhaltbaren wissenschaftlichen Verbrämung umgeben. Aus den Äußerungen Meyer's aaO. ergibt sich, daß es sich tatsächlich um eine solche Verbrämung handelt.[141])

Die Entlastung der Gerichte darf nicht durch Einschränkung solcher Rechtsbehelfe erstrebt werden, deren Zulässigkeit aus dem Recht zu entnehmen ist. Insbesondere darf das mangels einer im Wege der Analogie ausdehnend oder einengend auszulegenden Gesetzesbestimmung nicht durch die Rechtssprechung geschehen. Der Richter schafft kein Recht, sondern findet nur bereits vorhandenes Recht.[142]) Selbst wenn eine Entlastung der Gerichte durch Wegfall von bewährten Rechtsbehelfen durch positive Vorschriften angeordnet würde, würde das als eine ungerechtfertigte Verkümmerung des Rechtsschutzes und als eine Verletzung des Rechtsempfindens der Staatsbürger angesehen. Ein Beispiel hierfür bietet der Wegfall der Berufungsmöglichkeit bei Streitgegenständen bis zu 50.– RM. Auf Grund der Verordnung vom 13. Mai 1924 in Verbindung mit dem neu eingefügten § 511a ZPO., weiter der augenblicklich von dem Gesetzgeber beabsichtigte Fortfall der Berufungsmöglichkeit bei einem Objekt bis zu 300,– RM.

140) Vgl. Rosenthal: JW. 1925 S. 575; Matthiessen: JW. 1927 S. 1998.
141) Vgl. Fuchs: JW. 1925 S. 31.
142) Vgl. Neukamp: Festschrift S. 4.

Abgesehen davon, daß eine Einschränkung der quasinegatorischen Unterlassungsklage wegen einer drohenden Überlastung der Gerichte nie zulässig sein kann, wird tatsächlich eine Entlastung auch nicht erreicht. Nach Krückmann[143]) wirkt nämlich eine schematische Anwendung des „Schlagwortes von der Oekonomie des Prozeßes" sogar in einem dem erstrebten Erfolge entgegengesetzten Sinne: „Die Parteien lassen sich eine unerträgliche Engigkeit der Auslegung nicht gefallen und gehen immer wieder gegen die verfehlte Rechtsprechung an, die Gerichte nur noch mehr belastend." Zudem hat die Versagung des durch die Unterlassungsklage gewährten zivilen Rechtsschutzes regelmäßig zur Folge, daß wegen der trotz öffentlicher Strafandrohung später eingetretenen Rechtsverletzung eine Schadenersatzklage erhoben wird. Von einer Entlastung der Gerichte kann daher keine Rede sein.

Als weiterer praktischer Gesichtspunkt für den Ausschluß der quasinegatorischen Unterlassungsklage wird geltend gemacht, daß eine zu reichliche Zulassung dieser Klage zu einer unerwünschten Knebelung der freien Meinungsäußerung führen könnte.[144]) Meyer[145]) meint, es wäre eines freien Volkes unwürdig, wenn das ungeschminkte Wort keine Statt mehr fände und überall dem Kadi ausgeliefert werden könnte. In Wahrheit wird aber die freie Meinungsäußerung in keiner Weise durch die uneingeschränkte Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage berührt. Denn das Recht der freien Meinungsäußerung enthält nicht die Befugnis, durch Verleumdungen und üble Nachreden die Ehre eines anderen zu verletzen. Die quasinegatorische Unterlassungsklage ist doch nur dann gegeben, wenn sich die Äußerung wirklich als ein widerrechtlicher Eingriff darstellt, und wenn die Gefahr besteht, daß dieser widerrechtliche Eingriff wiederholt wird.[146]) Es handelt sich hier um den Schutz der Ehre gegen unerlaubte Eingriffe, nicht um den Schutz der freien Meinungsäußerung. Es ist zwar zuzugeben, daß es auch Fälle gibt, in denen der Kläger eine unbegründete quasinegatorische Unterlassungsklage anstrengt in dem Glauben, es handele sich um eine Beleidigung, während in Wirklichkeit die in Frage stehende Behauptung durch das Recht zur freien Meinungsäußerung gedeckt wird. Das Bestreben aber, die Unannehmlichkeit zu vermeiden, rechtfertigt in keiner Weise, den gesamten zivilrechtlichen Ehrenschutz preiszugeben. Solche Unannehmlichkeiten gibt es auf allen Rechtsgebieten. Die Grenzen sind nur allzuoft flüssig und die Gerichte sollen in solchen Fällen gerade die Grenzen genau abstecken.

143) JW. 1921 S. 177.
144) So Flad: aaO. S. 372.
145) „Das Recht" 1924 S. 438.
146) Vgl. Rosenthal: JW. 1925 S. 575; Fuchs: JW. 1925 S. 30 f.

Wenn der Einwand, die freie Meinungsäußerung werde durch die unbeschränkte Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage gefährdet, beachtlich wäre, so müßte er es auch sein bei jeder strafrechtlichen Beleidigungsklage und bei jeder auf eine Beleidigung (§§ 823, Abs. 2, 824 BGB.) gestützten Schadenersatzklage.[147]) Die Folge dieser Beachtlichkeit müßte dann die Aufhebung jeden Ehrenschutzes sein. Eine Zurückweisung des Rechtes der freien Meinungsäußerung in seine Schranken wäre zudem nur zu begrüßen. Schon 1914 schrieb A. H. Schmitz: „Es ist ausgemacht, daß man nirgends ein so loses Maul haben darf, wie gerade in Deutschland . . . . . In Deutschland ist das politische wie das literarische und Theaterleben vergiftet durch die Freiheit, die wir bald geistig, bald gesellschaftlich minderwertigen Personen lassen, ihre Galle zu verspritzen. Wir vergessen zu leicht, daß nur der Ohnmächtige schimpft. Macht gibt feinere Mittel des Einflusses. Warum also das Schimpfen überhaupt erlauben?"[148]) Es wäre daher für unser wissenschaftliches, politisches, wirtschaftliches, künstlerisches, weltanschauliches und gesellschaftliches Leben nur ein Vorteil, wenn der Einzelne durch die Erwägung, der Gegner könne ihm infolge der leichteren Durchführung der quasinegatorischen Unterlassungsklage eher Unannehmlichkeiten bereiten als bei der schwerfälligen Privat- oder Schadenersatzklage, dazu angehalten würde, von dem Rechte der freien Meinungsäußerung einen vorsichtigeren und vornehmeren Gebrauch zu machen.

Flad[150]) sieht ferner in der uneingeschränkten Zulassung der quasinegatorischen Unterlassungsklage für Jeden eine Gefahr darin, von einem prozeßsüchtigen und zahlungsfähigen Eiferer mit Klagen beiderlei Art, mit Zivilklage auf Unterlassung und Privatklage wegen Beleidigung, (womöglich gleichzeitig) überzogen zu werden. Derjenige, dem es auf die Prozeßkosten nicht anzukommen brauche, überziehe den Gegner nur zuoft mit belästigenden Unterlassungsklagen[151]) und habe ihm gegenüber ein zu großes Übergewicht. Es sei ein unerwünschtes Bild, wenn nach der erfolglos durchgeführten Privatklage in derselben Sache die Unterlassungsklage erhoben würde, oder wenn beide nebeneinander schweben und vielleicht gar verschiedene Urteile ergeben würden.[152]) In einer solchen Entwicklung des Rechtsschutzes sei nicht nur eine praktische Unmöglichkeit, sonder auch eine Gefahr

147) Vgl. Fuchs: JW. 1925 S. 30 f.
148) „Englische Gesellschaftsprobleme" S. 80.
149) Vgl. Rosenthal: JW. 1920 S. 245 f.
150) aaO. S. 373.
151) Vgl. auch Neukamp: Festschrift S. 26; JW. 1915 S. 120; Staub: aaO. Anm. 13 c Anh. zu § 346 S. 56.
152) Vgl. auch Neukamp: Festschrift S. 26.

für die sittliche Auffassung des Kampfes ums Recht zu erblicken. Das Ansehen der Gerichte würde geschmälert.[153])

Auch diese Erwägungen sind nicht geeignet, die Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen zu verneinen. Die geschilderte Gefahr des Übergewichts des Klägers über den Beklagten ist meist nicht vorhanden. Ist der Beklagte arm, so erhält er auf Antrag in beiden Prozessen das Armenrecht, sofern die Rechtsverteidigung nicht aussichtslos ist. Materielle Opfer braucht er dann nicht zu bringen. Den mit dem Prozeß verbundenen Verdruß muß er leider auf sich nehmen. Das Recht kann ihn nur dadurch entgelten, daß es dem Beklagten durch die Klageabweisung und Aufbürdung der Kosten eine gewisse Genugtuung verschafft. Die Unannehmlichkeiten sind jedoch nicht so groß, daß sie bei der Frage nach der Einschränkung der Unterlassungsklage entscheidend ins Gewicht fallen könnten. Wird dem Beklagten aber wegen Aussichtslosigkeit der Verteidigung das Armenrecht nicht gewährt, so kann er sich nicht beklagen, da er auf Grund seines rechtswidrigen Verhaltens mit Recht verklagt worden ist. Ist der Beklagte aber vermögend, so ist auch dann ein Übergewicht des reichen und prozeßsüchtigen Gegners nicht vorhanden. Die gerichtlichen Kostenvorschüsse muß der Kläger zahlen. Die außergerichtlichen Kosten und Auslagen aber erhält der Beklagte von dem vermögenden Kläger zurück, wenn dessen Klage unbegründet ist. Ist sie aber begründet, so ist die Kostentragung durch den Beklagten von Anfang an nur billig, weil er unbefugt in den Rechtskreis des Klägers eingegriffen hat. Von einem Übergewicht des vermögenden Klägers kann deshalb nicht die Rede sein.

Ein gewisses Übergewicht des prozeßsüchtigen Klägers über den vermögenden Beklagten wäre nur dann vorhanden, wenn der Kläger arm wäre und trotz der Aussichtslosigkeit seiner Klage etwa durch falsche eidesstattliche Versicherungen oder durch falsche Urkunden sich das Armenrecht zu verschaffen gewußt hätte. Auf diese Weise würde der im Recht stehende Beklagte zu Unrecht mit den Unannehmlichkeiten eines oder auch mehrerer Prozesse überzogen und wäre trotz der Klageabweisung nicht in der Lage, von dem Kläger wegen dessen Armut seine außergerichtlichen Prozeßkosten wieder zu erlangen. Aber solche krasse Fälle, in denen der Kläger zu Unrecht ein anfängliches Übergewicht hat, sind wegen der großen Gefahr, der sich der Kläger aussetzt, höchst selten. Sodann fehlt es dem Recht überhaupt an Mitteln, solchen prozeßwütigen und schikanösen Klägern, die es übrigens nicht nur bei der Unterlassungsklage, sondern bei allen Rechtsbehelfen gibt, so wirksam entgegen zu treten, daß sie ein für allemal keine

153) Vgl. Neukamp: Festschrift S. 26; RGZ. Bd. 98 S. 36 ff.

offensichtlich ungerechtfertigten Klagen mehr erheben. Ein solcher kaum merklicher Mangel aber rechtfertigt es nicht, einen an sich bewährten Rechtsbehelf, wie die quasinegatorische Unterlassungsklage deshalb fast völlig aufzugeben, weil in ganz vereinzelten Fällen Mißbrauch damit getrieben werden könnte.

Hinsichtlich der übrigen praktischen Bedenken von Flad und Neukamp ist zwar zuzugeben, daß es unerfreuliche Erscheinungen des Rechtsleben sind, wenn auf eine abgewiesene Privatklage eine Unterlassungsklage folgt, oder wenn beide Klagen nebeneinander herlaufen und wenn durch entgegengesetzte Urteile das Ansehen der Gerichte vielleicht beeinträchtigt wird. Diese Erscheinungen sind aber nicht derartig, daß sie das Rechtsleben und die Rechtsentwicklung beunruhigen könnten. Das ist daraus ersichtlich, daß auch bei anderen Rechtsbehelfen solche Erscheinungen täglich auftreten. So wird derjenige, der eine strafbare und zugleich zum Schadenersatz verpflichtende Handlung begeht, vielfach gleichzeitig in einen Straf- und Zivilprozeß verwickelt. Laufen beide Prozesse nicht nebeneinander her, so folgen sie doch in der Mehrzahl der Fälle aufeinander und gar oft ergehen dann in derselben Sache verschiedene Urteile.[154]) Die Möglichkeit, entgegengesetzte Urteile zu erlassen, und damit die völlige Unabhängigkeit des Strafverfahrens von dem Zivilprozeße und umgekehrt ihr Nebeneinander, ist ausdrücklich durch § 14 Ziffer 1 des Einführungsgesetzes zur ZPO. und § 148 ZPO. anerkannt. Wenn aber der Gesetzgeber die genannten unerfreulichen Erscheinungen ausdrücklich zugelassen hat, so dürften sie sich kaum als eine Gefahr für das Ansehen der Gerichte und für die sittliche Auffassung des Kampfes ums Recht darstellen, und nicht geeignet sein, die Einschränkung der quasinegatorischen Unterlassungsklage zu befürworten. Mit Recht sagt deshalb Rosenthal in JW. 1914 S. 1062, der Einwand, daß das Ansehen der Gerichte gefährdet werde, sei nicht gerade stark; denn die Rücksicht auf das Ansehen der Gerichte habe wohl noch nie eine höhere Instanz – bei ganz gleicher Sachlage – gehindert, die Entscheidung des Vorderrichters aufzuheben und anders zu erkennen.

Neukamp[155]) weist weiter darauf hin, der Beleidigte könne für den Fall, daß er versäumt habe, rechtzeitig Strafantrag zu stellen, dann noch die quasinegatorische Unterlassungsklage erheben und dadurch den Zweck des Gesetzes (§ 61 StGB.), welches den Beleidiger nach Ablauf der Antragsfrist gegen eine gerichtliche Verfolgung schützen wolle, völlig illusorisch machen. Auch dieses Bedenken gegen die quasinegatorische Unterlassungsklage

154) Siehe die heute so zahlreichen Straf- und Zivilprozeße wegen Herbeiführung von Verkehrsunfällen.

155) Festschrift S. 26.

bei strafbaren Handlungen ist hinfällig. § 61 StGB. will den Täter nach Ablauf der Antragsfrist nur gegen eine strafprozessuale Verfolgung schützen hinsichtlich der in der Vergangenheit liegenden Tat. Die Zulässigkeit eines Zivilverfahrens, etwa einer Schadenersatzklage nach § 824 BGB., aber wird durch § 61 StGB. nicht berührt.[156]) Die Unterlassungsklage verfolgt zudem den Täter nicht wegen der begangenen Tat, sondern wegen einer zukünftigen Rechtsverletzung im voraus. Sie will keine Bestrafung, sondern Verhinderung. Die bei der Zwangsvollstreckung des festgestellten Unterlassungsanspruchs vielleicht zu verhängende Strafe bezieht sich auf eine neue strafbare Handlung, die bei der Erhebung der Unterlassungsklage noch nicht vorlag, und hinsichtlich deren die Antragsfrist noch garnicht laufen konnte. Der Zweck des § 61 StGB. wird also durch die Zulässigkeit der Unterlassungsklage nicht illusorisch gemacht. Selbst das Reichsgericht steht hier auf einem der Ansicht Neukamp's kraß entgegengesetzten Standpunkte. In seiner Entscheidung in Bd. 91 S. 355 sagt es, daß die durch den Ablauf der Antragsfrist des § 61 StGB. gegebene Unmöglichkeit der Strafverfolgung das besondere Rechtsschutzbedürfnis für die Unterlassungsklage sogar begründen könne.

Auch der Hinweis Neukamp's auf einzelne „Ungeheuerlichkeiten", die sich nach ihm durch die unbeschränkte Zulassung der quasinegatorischen Unterlassungsklage ergeben könnten, ist kein stichhaltiger Grund gegen die uneingeschränkte Klagbarkeit des quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs. Als eine solcher Ungeheuerlichkeiten bezeichnet er zunächst den in der Entscheidung Bd. 71 S. 85 vom Reichsgericht behandelten Fall[157]) in dem der Kläger gegen seine Ehefrau und deren Liebhaber auf Unterlassung künftigen Ehebruchs geklagt hatte. Mit Recht hat das Reichsgericht diese Klage abgewiesen. Der Grund der Abweisung liegt aber nicht in der Strafbarkeit des Ehebruchs, sondern in dem sittlichen Wesen der Ehe. Das Verfahren für Ansprüche in Ehesachen ist im 6. Buche der ZPO. besonders geregelt. Das Hineinziehen der inneren Verhältnisse des Ehelebens in einen bürgerlichen Rechtsstreit ausserhalb des besonders geordneten Eheprozesses widerstreitet dem sittlichen Wesen der Ehe (so RG. Bd. 71 S. 89). Wenn sich der betrogene Ehegatte entschliesst, die Ehe fortzusetzen, so muß er sich so verhalten, daß die Ehe auch für die Zukunft fortbestehen kann, d. h. er darf den Bestand der Ehe durch Erhebung irgend einer Klage gegen seinen Ehegatten oder dessen Mitschuldigen außer den im 6. Buche der ZPO. behandelten Klagen nicht gefährden. Es ist ihm also einstweilen jeder sonstige Zivilrechtsschutz im Interesse der Aufrechterhaltung

156) Vgl. Rosenthal: JW. 1914 S. 1062.
157) Vgl. Neukamp: Festschrift S. 25.

der Ehe versagt. Deshalb ist es nicht absonderlich, wenn auf Grund dieser Erwägungen auch die Unterlassungsklage für unzulässig erklärt wird. Die Frage der Strafbarkeit der zu untersagenden Handlung spielt hier also keine Rolle.

Nach Neukamp[158]) ist es eine weitere „Ungeheuerlichkeit", durch zivilrechtliches Urteil einer Person zu untersagen, in Zukunft Mordversuche gegen Kläger zu unterlassen. Eine solche Klage wird in der Wirklichkeit wohl nie erhoben. Würde sie aber angestrengt und lägen die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs tatsächlich vor, so brauchte dennoch nicht geprüft zu werden, ob diese Klagen wegen der Strafbarkeit eines Mordversuches unzulässig wären. Es handelt sich hier nämlich nicht um eine actio quasi negatoria, sondern um eine reine actio negatoria, weil sich der Mordversuch als ein Eingriff in das Leben bezw. die Gesundheit, also in absolute Rechte, darstellt. Es herrscht aber kein Zweifel darüber, auch bei Neukamp[159]) nicht, daß die reine actio negatoria auch trotz der Strafbarkeit der zu untersagenden Handlung zulässig ist.

Auch eine Klage auf Unterlassung zukünftiger Diebstähle wäre an sich, weil es ebenfalls die reine actio negatoria wäre, trotz des § 242 ff. StGB. zulässig. Die Zulässigkeit dieser Unterlassungsklage aber steht § 1004 BGB. entgegen, der sich nur auf solche Beeinträchtigungen bezieht, die sich nicht als eine Entziehung des Besitzes darstellen. Daraus ist ersichtlich, daß das Gesetz eine Unterlassungsklage für den Fall des Diebstahls nicht hat zulassen wollen.[160]) Die Unterlassungsklage ist aber nicht deshalb unzulässig, weil Diebstahl strafbar ist.

Es ist weiterhin nicht einzusehen, warum es zu weit gehen soll, eine Unterlassungsklage da zuzulassen, wo Jemand fortgesetzt seinen Hund auf einen Menschen hetzt (§ 360 Nr. 6 StGB.)[161]) Auch das ist, weil ein Eingriff in die Gesundheit des Klägers vorliegt, eine reine actio negatoria. Warum sollte ferner die Klage auf Unterlassung da, wo Jemand fortgesetzt die Scheune eines Anderen mit unverwahrtem Licht betritt (§ 368 Nr. 8 StGB.), eine andere Behandlung erfahren, als in dem Fall, in dem Jemand auf sonstige Weise das Eigentumsrecht eines Anderen verletzt (§ 1004 BGB.) Verletzt aber Jemand zur Cholerazeit die polizeilichen Absperrmaßregelungen oder befährt Jemand zu schnell eine Straße, so ginge es allerdings zu weit, dann eine Unterlassungsklage zuzulassen. Sie scheitern in solchen Fällen jedoch nicht an der Strafbarkeit der zu untersagenden Handlung, sondern

158) Festschrift S. 25.
159) Vgl. JW. 1915 S. 117; vgl. ferner oben S. 7. Recken: JW. 1915 S. 272;
160) Vgl. oben S. 28 Anm. 111 und Endemann: JW. 1927 S. 1998.
161) Beispiel Neukamp's. Festschrift S. 18; JW. 1915 S. 119.

daran, daß sich die betreffende strafbare Handlung nicht als ein Eingriff in ein Rechtsgut des Klägers darstellt. Es handelt sich hier um die Verletzung einer lediglich dem Allgemeinwohl dienenden Norm. In diesen Fällen entsteht überhaupt kein materieller Unterlassungsanspruch. Die gegenteilige Ansicht Eltzbachers ist nicht haltbar. Nicht da, wo eine strafbare Handlung vorliegt, ist ein Unterlassungsanspruch gegeben, sondern nur dort, wo ein Rechtsgut verletzt worden ist.

Wenn Meyer[162]) sodann meint, das Zivilrecht sei nicht dazu da, die Ehre des Klägers zu schützen, so ist entgegen zu halten, daß das BGB. Bestimmungen enthält, die ausdrücklich den Schutz der Ehre zum Gegenstand haben. So stellt sich z. B. die auf § 12 BGB. ruhende Klage zum Schutze des Namens als ein Ehrenschutz dar. Weiter schützen die §§ 824, 825 und 1300 BGB. mittelbar die Ehre; der immaterielle Schaden, den z. B. eine unbescholtene Verlobte durch die Gestattung des außerehelichen Beischlafs erleidet, ist im Grunde doch nur eine Beeinträchtigung ihrer Ehre.

Den vorstehenden nicht stichhaltigen praktischen Bedenken gegen die uneingeschränkte Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage stehen andererseits praktische Gesichtspunkte gegenüber, die die unbeschränkte Zulässigkeit der actio quasi negatoria erfordern.

Zunächst besteht infolge der Forderung, der Kläger müsse für den Erfolg seiner Klage auf Unterlassung ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis dartun, eine große Unsicherheit für den Kläger und seinen Prozeßbevollmächtigten, da sie nicht wissen können, ob das Gericht das Bestehen eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses anerkennen wird.[163]) Diese Unsicherheit ist umso größer, als eine Reihe von Gerichten der Ansicht des 6. Zivilsenats des Reichsgerichts nicht gefolgt ist.[164]) Die Uneinheitlichkeit einer solchen Rechtssprechung wirkt auf die Parteien und untersten Gerichte verwirrend. Auch für einen vorsichtigen Kläger und Anwalt wird hierdurch die quasinegatorische Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen zu einem Lotteriespiel. Verbittert zieht sich der Kläger vor einem solchen Spiel zurück und gibt der Vertrauenskrise der Justiz neue Nahrung.

Wenn die quasinegatorische Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen für unzulässig erklärt wird, so genießen Persönlichkeitsgüter im Verhältnis zu Sachgütern einen viel schlechteren Schutz.[165]) Dieses Ergebnis ist im höchsten Maße unbefriedigend.

162) „Das Recht" 1924 S. 437; vgl. ferner: RGZ. Bd. 98 S. 36 ff.
163) Vgl. Flad: aaO. S. 371; Rosenthal: Die Unterlassungsklage S. 28.
164) So OLG. Hamm (M. u. W. 1915 S. 391); OLG. Kiel (LZ. 1916 S. 347); OLG. Hamburg (JW. 1921 S. 177); LG. I Berlin (LZ. 1915 S. 1259).
165) Vgl. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl. S. 58.

Fuchs sagt in JW. 1925 S. 31: „Wenn einer meine Fensterscheiben besudelt, und ferner zu besudeln droht, soll ich Schutz verlangen können; das soll zu den einzelnen Aufgaben des Zivilrichters gehören. Wenn er aber meinen Ruf und Kredit besudelt, und weiter zu besudeln und meine Existenz zu vernichten droht, soll ich schutzlos sein, außer wenn die drohende Haltung straflos ist! Für jeden natürlich Denkenden ist die Sache umgekehrt: Der Schutz vor drohender Wiederholung von Ehr- und Kreditschädigung ist umso notwendiger, je gröber die drohende Verletzung ist, also erst recht, wenn sie so groß ist, daß ihre Ausführung sogar strafbar wäre. [166]) Nach dem Grundsatz des ehem. 6. Zivilsenats des Reichsgerichts aber ist eine Unterlassungsklage bei kreditgefährdenden Äußerungen an sich zulässig; sind diese Äußerungen jedoch zugleich beleidigend, so ist die Unterlassungsklage nicht zulässig. „Hiernach ist die Behauptung, die saubere Zigarettenfabrik X gehöre zum Englisch-Amerikanischen Tabaktrust, wegen der angefügten Beleidigung durch eine Unterlassungsklage nicht verfolgbar, während die betroffene Fabrik alle zivilen Rechtsbehelfe haben würde, wenn die Hinzufügung des Wortes „saubere" unterblieben wäre." [167]) Allein die Unerträglichkeit dieses Ergebnisses müsste genügen, um den Grundsatz, die quasinegatorische Unterlassungsklage sei bei strafbaren Handlungen im allgemeinen unzulässig, aufzugeben.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bejaht der ehem. 6. Zivilsenat des Reichsgerichts dann, wenn dem Beklagten im Strafverfahren der Schutz des § 193 StGB. zur Seite stehen würde, weil dann der Kläger ein besonderes ziviles Rechtsschutzbedürfnis habe. [168]) Folgerichtig verlangt er deshalb von dem Kläger den Nachweis, daß dem Beklagten der Schutz des § 193 StGB. zur Seite steht. [169]) Auch dieses Ergebnis ist unerträglich und fordert die uneingeschränkte Zulassung der quasinegatorischen Unterlassungsklage. Weiterhin besteht die Gefahr, daß dem im Zivilverfahren wegen der Strafbarkeit seines Handelns obsiegenden Beklagten die Abweisung des Klägers ein Ansporn ist, weitere Eingriffe vorzunehmen. [170]) Obendrein kann er sich trotz der Widerrechtlichkeit und Strafbarkeit seines Tuns rühmen, der Kläger sei abgewiesen worden. [171]) Diese nicht nur unerfreulichen, sondern auch jedes natürliche Rechtsempfinden stark verletzenden Ergebnisse sind im Vergleich zu den von der Gegenseite

166) Vgl. auch Ulrich: aaO. S. 256 f.
167) So Rosenthal: Die Unterlassungsklage S. 29.
168) Vgl. M. U W. 1917 S. 225; RGZ. Bd. 88 S. 131;
169) Vgl. Fuchs; JW. 1925 S. 30; Matthiessen; JW. 1927 S. 1997; Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl S. 57;
170) Vgl. Rosenthal: JW. 1920 S. 246.
171) Vgl. Mathiessen: JW. 1927 S. 1997; Rosenthal: Wettbewerbsgesetz S. 58.

gegen die uneingeschränkte Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage vorgebrachten praktischen Bedenken, selbst wenn diese begründet wären, ungleich schwerwiegender. Sie verlangen gebieterisch die Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage auch für den Fall, daß die zu untersagende Handlung strafbar ist.

Weder allgemeine rechtsgrundsätzliche noch besonders praktische Bedenken können also den Ausschluß der Klagbarkeit des einmal vorhandenen quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs rechtfertigen. Die Tatsache, daß die zu untersagende Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht ist, schließt die quasinegatorische Unterlassungsklage nicht aus. Wo einmal ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch gegeben ist, kann er auch im Wege der Unterlassungsklage geltend gemacht werden, selbst dann, wenn ein genügender strafrechtlicher Schutz gegeben wäre. Entweder gibt es die quasinegatorische Unterlassungsklage nie, oder es gibt sie immer. [172])

---

172) I Die Ansicht, die quasinegatorische Unterlassungsklage sei auch bei strafbaren Handlungen zulässig vertreten:

A) Literatur:

Lesser: Archiv für bürgerl. Recht; Bd. 38 S. 115f;
Ulrich: aaO. S. 255 ff.;
Delius: JW. 1913 S. 6 ff.;
Schmitt: JW. 1913 S. 669;
J. von Staudinger: 9 Aufl. Vorbem. VII C 5 zu § 823 S 1762;
Fuchs: JW. 1925 S 30;
Schramm: DJZ. 1925 S. 1630;
Rosenthal-Alfred: Die Unterlassungsklage 1916 S. 25 ff.; JW. 1914 S. 1059. ff.; JW. 1915 S 299 ff.; JW. 1918 S. 133 ff.; Note zu Nr. 7. JW. 1920 S. 245 ff.; JW. 1925 S. 575 ff. L. Z. 1916 S. 456 ff.; L. Z 1913 S. 899 ff.; L. Z. 1918 S. 431 ff.; L. Z. 1920 S. 673 ff.; Gruchott's Beiträge Bd. 63 S. 722 ff;
Riezler: Recht 1922 S. 166 ff.; Bartelt: Gruchott's Beiträge Bd. 69 S. 458. ff.;
Finger: J.W. 1919 S. 564 ff.;
Teich: J.W. 1914 S. 612 ff.;
Weinmann: J W. 1914 S. 1007 ff.;
Recken: J.W. 1915 S. 271;
Enneccerus: aaO. (11. Bearbeitung) § 242 I 3 S. 773.
Krückmann: J.W. 1921 S. 761;
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse II. Abteilung 5. Aufl. Vorbem. 4 b S. 1371 zu § 823;
Salinger: Gruchott's Beitr. Bd. 64 S. 274;
Loewenwarter: Wegweiser durch das BGB. 10.-12 Aufl. S 117;
Gülland: J.W. 1915 Anm. 12 auf S. 811;
Endemann: J.W. 1927 S. 1998;
Matthiessen: J.W. 1927 S. 1997;
Levin: J.W. 1928 S. 3031;
Gierdke: Deutsches Privatrecht III § 215 Anm. 92;
Mansfeld: In RGRK. Anm. 7 zu § 1004;
Marwitz: J W. 1923 S. 426;

Kohler: Gesetz über den unlauteren Wettbewerb S. 17;
Heck: Grundriß des Schuldrechts Tübingen 1929 § 147 Nr. 7 S. 446;
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929, § 23 Nr. 3a S. 594;

B) II. Rechtssprechung:
OLG. Hamm (Entscheidung vom 4. 6. 1915, abgedr. in MUW. 1915 S. 391 ff.);
OLG Kiel (Entscheidung vom 30. 9. 1915 abgedr. in LZ. 1916 S. 347);
OLG Hamburg (Entscheidung vom 14. 7. 1920, abgedr. in J. W. 1921 S. 177);
LG. I Berlin (Entscheidung vom 1. 7. 1915, abgedr. in LZ. 1915 S. 1259).

II. Die gegenteilige Ansicht vertreten:

A) Literatur:
Flad: Jhering's Jahrbücher 70. Bd. S. 369 ff.;
Meyer: Das Recht 1924 S. 433 ff.;
Lau: Gruchott's Beiträge 47. Jahrgang S. 497 ff;
Staub: Kommentar zum HGB 12.-13. Aufl. Anm. 13c Anh. zu § 346.
Neukamp: Festschrift für Zitelmann 1913 ferner J.W 1915 S. 113 ff.;
Planck: Kommentar zum B G. B. II. Bd. (besonderer Teil.) 4 Aufl. 1928, Anm. IV. 2c zu § 823 S. 1750 ff.

B) Rechtsprechung:
OLG–Dresden (Entscheidungen v. 28 3. 1919, abgedr. in OLG. Bd. 39 S. 186 ff. und v 5. 3. 1921, abgedr. in JW. 1921 S. 760);
OLG. Braunschweig (Entsch. v. 13. 3. 1914, abgedr. in OLG. Bd. 28 S. 275);
KG. (Entsch. v. 18. 3. 1915, abgedr. in L.Z. 1915 S. 717 und v. 2. 3. 1917, abgedr. in OLG. Bd. 35 S. 274;
OLG. München (Entsch. v. 6. 6. 1914, abgedr. in Seuff. Arch. Bd. 70 Nr. 12);
OLG. Jena (Entsch v. 26. 7. 1919, abgedr. in JW. 1919 S. 942);
OLG. Hamburg (Entsch. v. 11. 12. 1919, abgedr. in L. Z. 1920 S. 534 u. v. 18. 2. 1920, abgedr. in „das Recht" 1920 Nr. 1887);
OLG. Frankfurt/Main (Entsch. v. 20. 10. 1921, abgedr. in JW. 1922 S. 307);
OLG. Karlsruhe (Entsch. v. 25. 11. 1921, abgedr. in JW. 1922 S. 595).

Lebenslauf.

Am 10. Januar 1904 wurde ich als Sohn des Stellwerkmeisters Julius Japes und seiner Ehefrau, Maria Theresia, geb. Cordes in Benolpe bei Welschenennest (Sauerland) geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger. Nach achtjährigem Besuch der Volksschule in Benolpe besuchte ich 3 Jahre lang die Rektoratschule in Altenhundem und 4 Jahre lang das humanistische Gymnasium in Attendorn / Westf., wo ich am 19. Februar 1925 das Reifezeugnis erwarb. Darauf studierte ich an der Universität in Kiel ein Semester (S. S. 1925), an der Universität in Freiburg-Breisgau zwei Semester (W. S. 1925/26 und S. S. 1926) und an der Universität in Münster / Westf. vier Semester (W. S. 1926-27 bis S. S. 1928) Rechts- und Staatswissenschaft. Am 18. und 20. März 1929 bestand ich am Oberlandesgericht in Hamm / Westf. die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 24. April 1929 bin ich als Gerichtsreferendar im preußischen Staatsdienst tätig, und zwar war ich bis zum 23. Juli 1929 bei der Staatsanwaltschaft in Hagen (Westfalen), vom 24. Juli bis zum 23. Dezember 1929 bei dem Amtsgericht in Siegen und vom 24. Dezember 1929 bis zum 31. Oktober 1930 bei dem Landgericht in Hagen (Westfalen) beschäftigt. Seit dem 1. November 1930 bin ich wieder dem Amtsgericht in Siegen überwiesen. Vom 24. Mai bis zum 31. Juli 1930 war ich beurlaubt und studierte als Gasthörer während dieser Zeit an der Universität in Erlangen noch ein Semester Rechtswissenschaft.

Benolpe, den 28. November 1930.

Peter Japes
Gerichtsreferendar.